

ESCOLA DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM ADVOCACIA DE ESTADO E DIREITO
PÚBLICO

Guilherme Mazzoleni

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA
TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS: Por que a exceção virou a regra?

Porto Alegre

2017

GUILHERME MAZZOLENI

**RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA
TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS: Por que a exceção virou a regra?**

Monografia apresentada como requisito parcial para aprovação no curso de Especialização em Advocacia de Estado e Direito Público promovido pela Escola da Advocacia-Geral da União em parceria com a Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS.

Orientador: Professor Carlos Eduardo Dieder Reverbel.

Porto Alegre, RS

2017

RESUMO

A presente monografia tem por objetivo compreender as razões pelas quais a Justiça do Trabalho no Brasil, na imensa maioria dos casos que versam sobre o tema, continua reconhecendo a responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelo pagamento de verbas trabalhistas inadimplidas pelas empresas contratadas nas terceirizações de serviços, mesmo após a decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADC 16, que declarou a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8666/93, o qual afasta expressamente essa responsabilidade. Inobstante a declaração de constitucionalidade do aludido dispositivo legal, na própria decisão, a Suprema Corte deixou em aberto a possibilidade de responsabilização dos entes públicos, caso demonstrada, no caso concreto, a falha na fiscalização do contrato, especialmente no que se refere ao cumprimento das obrigações trabalhistas pelas prestadoras dos serviços em relação aos seus empregados – culpa *in vigilando*. Ou seja, de acordo com a decisão do Supremo, o ente público não deve responder subsidiariamente (regra), salvo se, no caso concreto, restar evidenciada conduta culposa (exceção). O que se vê na prática, contudo, é que o que deveria ser a exceção virou a regra. A Administração Pública continua sendo sistematicamente responsabilizada pela Justiça Laboral, por meio de decisões que concluem restar evidenciada a culpa *in vigilando*. Diante desse quadro, extraem-se três hipóteses para explicar o fenômeno: a) de fato, como vem reconhecendo a Justiça Laboral, os administradores públicos, via de regra, são negligentes no que se refere à fiscalização dos contratos de terceirização de serviços; b) a Justiça do Trabalho, de uma forma geral, através da hermenêutica jurídica, em nome dos princípios que protegem os trabalhadores, está reconhecendo a existência de prova de culpa em casos nos quais esta não se verifica efetivamente, tendo em vista que a Administração se beneficiou do trabalho e que restaram reconhecidos direitos trabalhistas inadimplidos; ou c) há uma conjugação entre as duas primeiras hipóteses, verificando-se, em determinados casos, negligência pelo administrador e, em outros, interpretação judicial favorável ao trabalhador, apesar da inexistência de prova da culpa. Partindo de considerações gerais acerca das relações de trabalho terceirizado, da terceirização na Administração Pública e da responsabilidade dos entes públicos nessas relações, passar-se-á a uma análise jurisprudencial e casuística sobre o assunto, através da qual se buscará demonstrar que, no mais das vezes, o que se verifica é que há sim uma interpretação favorável ao trabalhador, e os entes públicos vêm sendo responsabilizados apesar da ausência de prova de falha na fiscalização.

Palavras-chave: Responsabilidade. Subsidiária. Administração. Pública. Terceirização

ABSTRACT

This monograph aims to understand the reasons why the labour courts in Brazil, in the vast majority of cases that were on the subject, still recognizing secondary liability for the payment of Government funds unpaid by labor contractors in the outsourcing of services, even after the decision of the Supreme Court in the trial of ADC 16, which declared the constitutionality of art. 71, § 1, of law nº 8666/93, which move away from expressly that responsibility. Despite the declaration of constitutionality of alluded to legal device, in the decision, the Supreme Court left open the possibility of accountability of public entities, if demonstrated, in each individual case, the failure in the supervision of the contract, in particular as regards compliance with the obligations for providing the services in relation to its employees – *in overseeing* fault. That is, in accordance with the decision of the Supreme, the public entity should not respond in the alternative (rule) unless, in each individual case, your guilt remains evident *in overseeing* (exception). What you see in practice, however, is that what should be the exception became the rule. The Public Administration continues to be systematically held responsible for Justice, through decisions that conclude remaining evidenced *in overseeing* fault. In this picture, draw three hypotheses to explain the phenomenon: a) in fact, as is recognizing the Labour Justice, public administrators, as a rule, are negligent with regard to the monitoring of outsourcing contracts; b) the labor courts, in general, through the legal hermeneutics, on behalf of the principles that protect workers, is recognizing the existence of proof of guilt in cases where this is not the case effectively, since the Administration has benefited from work and remaining recognized labor rights unpaid; or c) there is a conjunction between the first two hypotheses, in certain cases, negligence by the administrator and, in others, judicial interpretation favourable to the worker, despite the lack of proof of fault. Starting from general considerations about the work outsourced, outsourcing in the public administration and the responsibility of the public entities in these relationships, going to a case-by-case analysis and case law on the subject, which will seek to demonstrate that, in most of the time, what is happening is that there is an interpretation favourable to the worker, and the public entities have been held responsible despite the absence of evidence of failure in supervision.

Keywords: Liability. Subsidiary. Administration. Public. Outsourcing

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	5
2. TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS	7
2.1. Noções gerais	7
2.2. Limites e efeitos: terceirização lícita e ilícita	10
3. TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	19
3.1. Evolução legislativa	19
3.2. Ausência de responsabilidade da Administração Pública pelo inadimplemento das obrigações de responsabilidade do contratado: art. 71 da Lei n.º 8.666/1993	21
3.3. Declaração de constitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei n.º 8.666/93 pelo Supremo Tribunal Federal - ADC 16-DF	25
3.4. Nova redação da Súmula 331 do TST	30
3.5. Dever de fiscalização e ônus da prova	31
4. PANORAMA ATUAL NA JURISPRUDÊNCIA TRABALHISTA	38
4.1. Jurisprudência do TRT da 4ª Região	39
4.2. Jurisprudência do TST	56
4.3. Jurisprudência do STF	63
5. CONCLUSÕES	68
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	74

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca identificar e compreender as razões pelas quais, mesmo após a declaração de constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei de Licitações pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 16-DF, a Administração Pública continua sofrendo condenações na esmagadora maioria dos casos submetidos à apreciação judicial que tratam sobre o tema da responsabilidade subsidiária do ente público tomador dos serviços nas relações de trabalho terceirizado.

A Lei de Licitações (Lei n.º 8.666/93), em seu art. 71, § 1º, é expressa no sentido de que o inadimplemento das obrigações trabalhistas pela empresa contratada não transfere para a administração a responsabilidade pelo pagamento.

Por ocasião do julgamento da ADC 16, em 2010, o Pleno do STF declarou a constitucionalidade do aludido dispositivo. A regra, portanto, deveria ser a ausência de responsabilidade.

No entanto, extrai-se da própria decisão do Supremo que a declaração de constitucionalidade não impede o reconhecimento da responsabilidade subsidiária quando, da análise do caso concreto, restar comprovada falha da administração na fiscalização do contrato no que se refere ao cumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa contratada, considerando que a própria Lei de Licitações estabelece a obrigação de fiscalizar.

Nesse sentido, houve alteração da Súmula 331 do TST que, no item V, passou a exigir prova de falha na fiscalização do contrato pelo ente público para a responsabilização subsidiária.

Ou seja, o ente público contratante não responde subsidiariamente, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei de Licitações, declarado constitucional pelo STF na ADC 16 (regra), salvo se, no caso concreto, restar evidenciada culpa na fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa contratada (exceção).

Ocorre que, na prática, mesmo depois do julgamento da ADC 16, o que se tem visto é que o que deveria ser a exceção - responsabilidade subsidiária somente quando comprovada a culpa, acabou tornando-se a regra.

Com efeito, na imensa maioria dos casos submetidos à apreciação da Justiça Laboral, os entes públicos continuam sistematicamente sofrendo condenações, em decisões que, via de regra, embasam a responsabilidade subsidiária na falha da fiscalização do contrato (*culpa in vigilando*).

Por que isso ocorre?

Eis o objetivo deste trabalho: tentar desvendar porquê, na prática, o que deveria ser a exceção se tornou a regra.

A primeira hipótese é a de que o reconhecimento da responsabilidade subsidiária pela Justiça está de acordo com o que foi decidido pelo Supremo na ADC 16 e que, portanto, a Administração Pública no Brasil, como um todo, é negligente quanto à obrigação de fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas pelas empresas contratadas em relação aos empregados terceirizados que lhe prestam serviços, não fiscalizando os contratos como deveria.

A segunda é a de que a Justiça Especializada, de uma forma geral, estaria, através da hermenêutica jurídica, reconhecendo a existência de prova de culpa em casos em que esta não se verifica, em nome dos princípios que protegem os trabalhadores, especialmente por ter a Administração se beneficiado do trabalho e por restarem reconhecidos direitos trabalhistas inadimplidos.

Uma terceira hipótese que se poderia cogitar, ainda, é que o fenômeno resultaria da soma entre as duas primeiras: Em determinados casos há, sim, negligência da administração e, em outros, uma interpretação judicial favorável ao trabalhador, apesar da inexistência de prova da culpa.

Para alcançar este objetivo, far-se-ão, inicialmente, algumas considerações gerais acerca das relações de trabalho terceirizado, da terceirização na Administração Pública, da

responsabilidade do tomador de serviços, traçando-se um breve histórico da evolução dessa questão no direito brasileiro.

Após, tratar-se-á do tema específico da responsabilidade subsidiária da administração pública, com abordagens sobre o art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93, o julgamento da ADC 16 pelo STF, a nova redação da Súmula 331 do TST, e o dever de fiscalização da Administração.

Finalmente, será realizada uma análise casuística, com foco na jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, do Tribunal Superior do Trabalho e do Supremo Tribunal Federal, em especial, o recente julgamento do RE 760931 (Tema 246 da Repercussão Geral), visando compreender e explicar as razões que levaram ao cenário atual, e traçar uma perspectiva para o futuro quanto ao assunto, que afeta a Administração Pública direta e indireta em todos os níveis da federação.

2. TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS

2.1. Noções gerais

A terceirização consiste na “transferência de certas atividades periféricas do tomador de serviços, passando a ser exercidas por empresas distintas e especializadas¹”.

Estabelece-se uma relação triangular, na qual o trabalhador presta serviços ao tomador, mas possui relação jurídica com a empresa prestadora de serviços. Entre o empregado e o empregador (empresa prestadora de serviços), verifica-se uma relação de emprego (contrato de trabalho). Já entre o tomador (que terceirizou alguma de suas atividades) e a empresa prestadora dos serviços existe uma relação jurídica de natureza civil ou comercial, que tem por objeto a prestação de serviços².

Nas palavras do professor Sérgio Pinto Martins:

Consiste a terceirização na possibilidade de contratar terceiro para a realização de atividades que geralmente não constituem o objeto principal da empresa. Essa contratação pode compreender tanto a produção de bens como serviços, como ocorre

¹ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, pg. 345.

² GARCIA, *op. et loc. cit.*

na necessidade de contratação de serviços de limpeza, de vigilância ou até de serviços temporários³.

Além da redução dos custos, a terceirização visa a prestação de serviços com maior eficiência, produtividade e competitividade às empresas⁴.

Esse modelo trilateral, porém, sofre fortes restrições tanto na doutrina como na jurisprudência, especialmente por excepcionar o modelo tradicional da relação jurídica de emprego, de caráter essencialmente bilateral.

Segundo Maurício Godinho Delgado:

Essa dissociação entre relação econômica de trabalho (firmada com a empresa tomadora) e relação jurídica empregatícia (firmada com a empresa terceirizante) traz graves desajustes em contraponto aos clássicos objetivos tutelares e redistributivos que sempre caracterizaram o Direito do Trabalho ao longo de sua história⁵.

Para Márcio Tulio Viana, Gabriela Neves Delgado e Helder Santos Amorim:

[...] a palavra “terceirização”, como sabemos, tem sido usada para descrever um fenômeno específico, em que uma empresa se serve de trabalhadores alheios – como se inserisse outra dentro de si. Na verdade, esse fenômeno é ambivalente. A empresa também pratica o movimento inverso, descartando etapas de seu ciclo produtivo e os respectivos trabalhadores – como se se lançasse dentro de outra. No limite, pode até se transformar numa *fábrica vazia*, mera gerenciadora de rede, hipótese em que a terceirização, como certa vez notamos, desliza para a terceirização. A primeira forma de terceirizar pode ser chamada de “interna”; a segunda, de “externa”. No entanto, mesmo a primeira, tal como a segunda, tenta especializar funções e sobretudo externalizar custos. Sob esse aspecto, são ambas o retrato em miniatura de um movimento mais complessivo do sistema, no sentido de *excluir* muito mais do que *incluir*.

A terceirização *interna* inspirou a Súmula nº 331 do TST. A *externa* liga-se mais de perto à questão do grupo empresarial [...]⁶.

Na visão dos três autores, que enxergam na terceirização “uma espécie de bomba que ajuda a implodir o Direito do Trabalho”, a Súmula nº 331 do TST, que traça limites jurídicos à terceirização, possui dupla importância, seja para o bem, seja para o mal: “Para o bem, porque

³ MARTINS, Sérgio Pinto. Terceirização: Licitude e Limites. **Jornal Carta Forense**. São Paulo, edição de 01.07.2008. Disponível em <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/terceirizacao-licitude-e-limites/1872>>. Acesso: em 28 fev. 2017.

⁴ GARCIA, *op. cit.*, pg. 346.

⁵ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 11ª ed., São Paulo: LTr, 2012, pg. 435.

⁶ VIANA, Márcio Tulio; DELGADO, Gabriela Neves; e AMORIM, Helder Santos. Terceirização: aspectos gerais. A última decisão do STF e a Súmula nº 331 do TST. Novos enfoques. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. Brasília, vol. 77, n.º 1, p. 54-84, jan. / mar. 2011, pgs. 54-5.

– em razão dos próprios limites – ajuda a conter o fenômeno. Para o mal, porque – dentro dos mesmos limites – ela o legitima e reforça⁷”.

A despeito das críticas, bem ou mal, o fato é que o modelo da terceirização encontra amparo no nosso ordenamento jurídico e vem sendo utilizado em larga escala no mercado de trabalho no Brasil⁸ já há algumas décadas.

A terceirização é uma realidade inerente à empresa no mundo capitalista, sendo que nenhum país industrializado ficará fora de seus efeitos que, se bem administrados, podem ser um aliado ao progresso, e não um prejuízo ao trabalhador⁹.

Conforme observa Maurício Godinho Delgado, a terceirização no Direito do Trabalho brasileiro é fenômeno relativamente recente, tendo assumido maior abrangência apenas nas três últimas décadas do século XX. A CLT (década de 1940), fez menção a apenas duas figuras de subcontratação de mão de obra: a empreitada e a subempreitada (art. 455), englobando a figura da pequena empreitada (art. 652, “a”, III). Somente no final da década de 1960 e início da década de 1970 é que a terceirização aparece com maior destaque no ordenamento jurídico brasileiro, com o advento do Decreto-Lei n.º 200/67 e da Lei 5.645/70, embora essas referências normativas dissessem respeito apenas ao setor público¹⁰.

A partir da década de 1970, nossa legislação passa incorporar hipóteses de terceirização também no setor privado, primeiramente com a Lei do Trabalho Temporário (Lei n.º 6.019/74) e, tempos depois, com a Lei n.º 7.102/83, que autorizava a terceirização do trabalho de vigilância bancária, em caráter permanente (diversamente daquela autorizada pela Lei n.º 6.019/74, de caráter temporário¹¹).

Na lição do professor Maurício Godinho Delgado:

⁷ VIANA, Márcio Tulio; DELGADO, Gabriela Neves; e AMORIM, Helder Santos. *Op. cit.*, pg. 60.

⁸ Conforme observam os autores Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino: “A terceirização no sentido estrito, ou prestação de serviços, tem sido largamente utilizada no Brasil, seja como técnica de especialização das Atividades, seja para propiciar uma melhor gestão dos negócios da empresa, por meio do incremento da produtividade e da redução de custos na contratação de pessoal”. (PAULO, Vicente e ALEXANDRINO, Marcelo. **Manual de direito do trabalho**, 12ª ed., São Paulo: Método, 2008, pg. 79)

⁹ SILVA, Antônio Álvares da. **Globalização, terceirização e a nova visão do tema pelo Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: LTr, 2011, p. 65.

¹⁰ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 11ª ed., São Paulo: LTr, 2012, pg. 436.

¹¹ DELGADO, Maurício Godinho. *Op. cit.*, pgs. 436-7.

Tão importante quanto essa evolução legislativa para o estudo e compreensão do fenômeno seria o fato de que o segmento privado da economia, ao longo dos últimos 30 anos do século XX, passou a incorporar, crescentemente, práticas de terceirização da força de trabalho, *independentemente da existência de texto legal autorizativo da exceção ao modelo empregatício clássico*. É o que se percebia, por exemplo, com o trabalho de conservação e limpeza, submetido a práticas terceirizantes cada vez mais genéricas no desenrolar das últimas décadas¹².

A jurisprudência trabalhista passa, então, a enfrentar o tema, que se dissemina com frequência cada vez mais significativa no âmbito do mercado de trabalho brasileiro e, diante da multiplicidade de interpretações jurisprudenciais sobre o assunto nas últimas décadas, o Tribunal Superior do Trabalho edita duas súmulas de jurisprudência uniforme: Súmula n.º 256, de 1986, e Súmula n.º 331, de 1993¹³.

2.2. Limites e efeitos: terceirização lícita e ilícita

Não há norma vedando a terceirização no direito brasileiro.

Não obstante, doutrina e jurisprudência, com base nas normas constitucionais e legais vigentes, fixam limites a essa modalidade de contratação, que devem ser observados para que a terceirização dos serviços seja considerada lícita.

Sérgio Pinto Martins aponta que, de modo geral, são dois os limites da terceirização: os constitucionais e os legais¹⁴.

O autor menciona que a regra do art. 3º, III, da CF/88, que consagra o princípio da dignidade da pessoa humana no âmbito constitucional, precisa ser interpretada sistematicamente com o art. 170 da Constituição, que prevê o princípio da livre iniciativa, “mostrando serem lícitos quaisquer serviços, como se observa no Código Civil, ao tratar da prestação de serviços (arts. 593 a 609) e da empreitada (arts. 610 a 626), até mesmo porque os prestadores de serviços pagam impostos, como o ISS (Lei Complementar n.º 116/03) [...]”¹⁵, de modo que nem sempre a contratação de trabalhadores por empresa interposta será ilegal, formando-se vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços, salvo na existência

¹² DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 11ª ed., São Paulo: LTr, 2012, pg. 437.

¹³ DELGADO, Maurício Godinho. *Op. et loc. cit.*

¹⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 13ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 159.

¹⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. *Op. et loc. cit.*

de fraude, caso em que se admite a formação deste vínculo direto (exceto em relação à Administração Pública), incidindo o disposto no art. 9º da CLT.

A distinção entre terceirização lícita/legal e ilícita/ilegal, de acordo com Martins, está no fato de que a primeira “é a que observa os preceitos relativos aos direitos dos trabalhadores, não pretendendo fraudá-los, distanciando-se da existência da relação de emprego”, ao passo que a segunda “é a que se refere a locação de mão de obra, o que pode dar ensejo a fraudes e a prejuízos aos trabalhadores¹⁶”.

Como exemplos de terceirização lícita, o autor menciona:

É lícita a terceirização feita para o trabalho temporário (Lei no 6.019/74), desde que não sejam excedidos os três meses de prestação de serviços pelo funcionário na empresa tomadora; em relação a vigilantes (Lei no 7.102/83); de serviços de limpeza e conservação, que, apesar de não existir lei regulando a atividade, é lícita a terceirização; da empreitada (arts. 610 a 626 do Código Civil); da subempreitada (art. 455 da CLT); da prestação de serviços (arts. 593 a 609 do Código Civil); das empresas definidas na lista de serviços submetidos ao ISS, conforme Lei Complementar no 116/03, pois tais empresas pagam, inclusive, impostos; em relação ao representante comercial autônomo (Lei nº 4.886/65); do estagiário, de modo a lhe propiciar a complementação do estudo mediante a interveniência obrigatória da instituição de ensino (Lei no 6.494/77); e às cooperativas, desde que não exista subordinação. A Lei no 9.472, de 16-7-97, dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais. Permite o inciso II do art. 94 a concessionária "contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados¹⁷".

Em regra, a terceirização lícita seria aquela feita na atividade-meio e a terceirização ilícita na atividade-fim, de acordo com o entendimento jurisprudencial.

Não obstante, alguns autores admitem a possibilidade de licitude da terceirização mesmo na atividade-fim da empresa, dada a inexistência de proibição legal. Nesse sentido, é o entendimento do professor Sérgio Pinto Martins:

Entendo possível a terceirização na atividade fim da empresa, pois não existe previsão legal proibindo essa hipótese. O que não é proibido é permitido. Exemplos são: a- da construção civil, em que a construtora terceiriza atividades de construção, como de fundação, pintura, azulejos, etc.; b- na indústria automobilística, que faz terceirização na linha de montagem em fábricas mais modernas e a automatizadas; c- compensação de cheques, feita por empresa especializada e desde não haja subordinação e pessoalidade do trabalhador com o tomador de serviços. O inciso II da Súmula 331 do TST mostra, porém, que a terceirização deve ser feita apenas na atividade-meio.

¹⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 13ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 160.

¹⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. *Op. cit.*, pgs. 160-161.

Tem sido feita terceirização em concessionárias de serviços públicos, como de leitura de água e luz. Não são exatamente atividades-fim da empresa, mas meio. É possível, portanto, a terceirização.

É também forma lícita de terceirização a de trabalho em domicílio, desde que feito sob a forma de contratação de autônomos. Não é só na contratação de costureiras, marceneiros, confeitadeiras ou cozinheiras que se tem a terceirização lícita, mas também em outros tipos de profissões, desde que haja efetiva autonomia do prestador dos serviços. A contratação de trabalhador avulso também é lícita, desde que exista a intermediação obrigatória do sindicato da categoria profissional.

Indiretamente, porém, o próprio TST admite como lícita a prestação de serviços médicos por empresa conveniada, para efeito de abono de faltas dos trabalhadores (Súmula 282 do TST). A Convenção no 161 da OIT foi aprovada pelo Decreto Legislativo no 86, de 14 de dezembro de 1989, sendo promulgada pelo Decreto no 127, de 23 de maio de 1991. Tal Convenção, que trata sobre serviços de saúde do trabalho, em seu art. 7º, permite que os referidos serviços sejam organizados para uma só ou para várias empresas, o que também mostra que as empresas que cuidam de assistência médica têm sua atividade considerada lícita, inclusive pela referida Convenção. A subempreitada também vem a ser uma forma de terceirização lícita, pois é prevista, a contrario sensu, no art. 455 da CLT¹⁸.

Para que a terceirização seja considerada válida, não podem estar presentes no trabalho do terceirizado os elementos que caracterizam a relação clássica de emprego (extraídos dos artigos 2º e 3º da CLT), especialmente no que se refere à subordinação.

Os empregados da empresa terceirizada não poderão ter nenhuma subordinação com a terceirizante, tampouco estar sujeitos ao seu poder de direção, caso contrário, ficará caracterizado o vínculo direto com o tomador, havendo que se distinguir, porém, a subordinação jurídica (que se dá com a empresa prestadora de serviços, que admite, transfere e dá ordens) da subordinação técnica (que pode ficar evidenciada com o tomador, quem dá as ordens técnicas de como pretende que o serviços seja realizado¹⁹).

O professor Sérgio Pinto Martins enuncia algumas regras para se determinar a licitude da terceirização. São elas: (a) idoneidade econômica da terceirizada; (b) assunção de riscos pela terceirizada; (c) especialização nos serviços a serem prestados; (d) direção dos serviços pela própria empresa terceirizada; (e) utilização do serviço, principalmente em relação à atividade-meio da empresa que terceiriza serviços, evitando-se a terceirização da atividade-fim; (f) necessidade extraordinária e temporária de serviços²⁰.

¹⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. Terceirização: Licitude e Limites. **Jornal Carta Forense**, São Paulo, edição de 01.07.2008.

Disponível em <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/terceirizacao-licitude-e-limites/1872>>. Acesso: em 28 fev. 2017.

¹⁹ Idem. **A terceirização e o direito do trabalho**. 13ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 162.

²⁰ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 13ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 162.

À míngua de uma regulamentação legal específica, coube à jurisprudência fixar os limites à terceirização no direito brasileiro, tendo o Tribunal Superior do Trabalho, na tarefa de uniformizar a jurisprudência sobre o tema, editado, inicialmente, a edição da Súmula n.º 256 e, posteriormente, a Súmula n.º 331.

A Súmula n.º 256 do TST²¹ (cancelada), estabelecia que:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (cancelada) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis n.ºs 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.

Por sua vez, a Súmula n.º 331 do TST²² prevê (redação atual):

Súmula n.º 331 do TST

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei n.º 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei n.º 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

²¹ Disponível em

<http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-256>. Acesso: em 25 mar. 2017.

²² Disponível em

<http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331> Acesso: em 25 mar. 2017.

Júlio Bernardo do Carmo argumenta que a Súmula n.º 331 do TST só impõe veto à terceirização fraudulenta, aquela que se imiscui na atividade-fim da empresa tomadora, mostrando-se, em contrapartida, amplamente permissiva quanto à existência da terceirização lícita, que é aquela que se imiscui em atividade-meio da empresa tomadora, sem descuidar da responsabilidade subsidiária daquela empresa que efetivamente se beneficia do trabalho intermediado²³. De acordo com o autor:

Esta a baliza traçada pela Súmula n.º 331 do TST: quando a intermediação de mão de obra é feita nos moldes da Lei n.º 6.019/74, como não há prejuízo remuneratório para o trabalhador intermediado e a transposição do serviço é precária e temporária, o trabalho do intermediado pode dar-se tanto em atividade-fim como em atividade-meio da empresa tomadora.

Todavia, quando a intermediação de mão de obra é feita não nos moldes da Lei n.º 6.019/74, mediante típico contrato de trabalho temporário, e sim mediante contrato de prestação de serviços entre as empresas fornecedora e tomadora da mão de obra, como a duração do contrato é superior a 90 (noventa) dias, o trabalho prestado pelo intermediado só pode relacionar-se com a atividade-meio da empresa tomadora, nunca em sua atividade-fim, sob pena de consagrar-se uma *marchandage espúria*.

Não fosse traçada esta baliza pretoriana, o trabalhador intermediado seria tratado como mera mercadoria, como coisa, como escravo, sujeito a salários aviltantes, embora realizando o mesmo serviço dos trabalhadores da empresa tomadora, com a agravante ainda de estar desenvolvendo atividade umbilicalmente ligada ao *core business* da empresa tomadora, tudo mediante rígidas condições de aferição de seu rendimento pessoal, logo, com pessoalidade e subordinação²⁴.

Observa-se que, atualmente, de acordo com a jurisprudência pacificada do TST, a terceirização é admitida somente nos casos de: (a) contratação temporária (item I da Súmula 331), para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou à acréscimo extraordinário de serviços, nos moldes previstos na Lei n.º 6.019/74, caso em que permitida inclusive quanto à atividade-fim da tomadora; (b) serviços de vigilância (item III, *ab initio*, da Súmula 331), de acordo com a Lei n.º 7.102/83; (c) atividades de conservação e limpeza (item III, Súmula 331); e (d) serviços especializados ligados à atividade-meio, desde que inexistentes, nas três últimas hipóteses, a pessoalidade e a subordinação direta entre o trabalhador terceirizado e o tomador dos serviços (item III, *in fine*, da Súmula 331 do TST).

No que se refere à distinção entre atividade-fim e atividade-meio, Maurício Godinho Delgado esclarece:

Atividades-fim podem ser conceituadas como as *funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços*,

²³ CARMO, Júlio Bernardo. Terceirização ilícita no âmbito das empresas de telecomunicações e a liminar concedida na Reclamação STF n.º 10.132-Paraná. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, vol. 77, n.º 1, p. 16-31, jan. / mar. 2011, pg. 23.

²⁴ CARMO, *op. cit.*, pg. 25.

compondo a essência dessa dinâmica e contribuindo inclusive para a definição de seu posicionamento e classificação no contexto empresarial e econômico. São, portanto, atividades nucleares e definitórias da essência e da dinâmica empresarial do tomador dos serviços.

Por outro lado, atividades-meio são aquelas funções e tarefas empresariais e laborais que não se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, nem compõem a essência dessa dinâmica ou contribuem para a definição do seu posicionamento no contexto empresarial e econômico mais amplo. São, portanto, atividades periféricas à essência da dinâmica empresarial do tomador dos serviços. São, ilustrativamente, as atividades referidas, originalmente, pelo antigo texto da Lei n. 5.645, de 1970: “transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outros assemelhados”. São também outras atividades meramente instrumentais, de estrito apoio logístico ao empreendimento (serviço de alimentação aos empregados do estabelecimento, etc.)²⁵.

Quanto à ausência de pessoalidade e subordinação direta entre o trabalhador terceirizado e o tomador dos serviços, a súmula teve o cuidado de esclarecer que a terceirização não pode ser utilizada de modo fraudulento.

Para o tomador, não deve importar a *pessoa* que está efetivamente prestando os serviços terceirizados, mas sim a atividade empresarial contratada, a prestação dos serviços, sendo irrelevante qualquer substituição de empregados da prestadora. O tomador contrata o serviço, e não a mão de obra específica de determinado trabalhador. Não é o tomador quem deve fiscalizar, controlar e organizar as atividades do empregado terceirizado, mas o próprio empregador, que também é quem exerce o poder disciplinar perante o trabalhador terceirizado²⁶, lembrando que a subordinação técnica (não a jurídica, que se mantém com a prestadora) pode ficar evidenciada com o tomador, quem dá as ordens técnicas de como pretende que o serviço seja realizado.

Na terceirização lícita, a subordinação e a pessoalidade diretas mantêm-se perante a empresa terceirizante, que responde pela direção dos serviços efetuados por seu trabalhador no estabelecimento do tomador, ressalva que não se aplica ao trabalho temporário (por isso, encontra-se apenas no item III da Súmula 331, e não no seu item I), regulado pela Lei n.º 6.019/74, situação em que são permitidas a pessoalidade e a subordinação diretas do trabalhador terceirizado com o tomador dos serviços²⁷.

²⁵ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 11ª ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 450.

²⁶ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**, 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 352.

²⁷ DELGADO, Maurício Godinho. *Op. cit.*, p. 451. Esclarece o autor que, no trabalho temporário (inciso I da Súmula 331), “não se exige falta de pessoalidade e subordinação entre obreiro e tomador de serviços. Por isso é que a ressalva se encontra somente no inciso III da súmula em análise e não em seu primeiro inciso (que trata do trabalho temporário). É que o tipo legal da Lei n.º 6.019/74 prevê, de fato, a direta inserção do obreiro no

Fora das hipóteses autorizadas pela Súmula 331 do TST, a terceirização será considerada ilícita, tendo como consequência jurídica a formação de vínculo empregatício diretamente com o tomador, exceto em se tratando de entidades da Administração Pública, diante do óbice do art. 37, II, e § 2º, da Constituição, que exige prévia aprovação em concurso público para a investidura em cargo o emprego público, sob pena de nulidade. Nesse caso, aplica-se o entendimento da Súmula 363 do TST:

Súmula nº 363 do TST

CONTRATO NULO. EFEITOS (nova redação) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS.

Se a terceirização for lícita, de outro lado, o vínculo se mantém intacto com a empresa terceirizante, mas o tomador responde subsidiariamente pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador, desde que tenha participado do processo e conste do título executivo.

Curiosamente, no âmbito da Administração Pública, nos casos de terceirização ilícita, o ente público responde somente pelos salários e depósitos de FGTS (Súmula 363 do TST), enquanto na hipótese de a terceirização ser lícita, responde subsidiariamente por “todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral” (item VI da Súmula 331), havendo, no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, entendimento sumulado no sentido de que: “O tomador de serviços é subsidiariamente responsável pelas multas dos artigos 467 e 477, § 8º, da CLT, inclusive se for ente público” (Súmula 47 do TRT da 4ª Região), entendimento que encontra respaldo na jurisprudência do TST²⁸.

Assim, em tese, à exceção do benefício de ordem (que determina sejam esgotados os meios executórios em face do devedor principal antes de executar o patrimônio do responsável

estabelecimento do tomador de serviços, substituindo trabalhador permanente deste ou cumprindo serviço extraordinariamente acrescido no âmbito do tomador. Ou seja, a lei temporária autoriza que o obreiro por ela regulado se integre, plenamente, pelo período temporário, na dinâmica própria à entidade tomadora”.

²⁸ Nesse sentido: AIRR 312840-06.2005.5.04.0018, 6ª Turma, DJ 13/06/2008.

subsidiário), os efeitos da terceirização lícita acabam sendo mais prejudiciais aos entes públicos do que aqueles decorrentes de uma terceirização ilícita, o que, *data venia*, não se justifica.

O mais coerente seria afastar o pagamento das verbas rescisórias que não se referem propriamente ao período da prestação laboral, como as multas dos artigos 467 e 477, § 8º, da CLT, por exemplo, também na terceirização lícita. Mas não é o que a jurisprudência vem entendendo. De certo modo, acaba-se premiando a ilicitude.

Rita Tourinho, porém, aponta uma justificativa para essa aparente incoerência. Na visão da autora:

É certo que a Justiça do Trabalho nega qualquer incompatibilidade entre as Súmulas nºs 331 e 336, uma vez que realiza ponderação tendo como foco a pessoa do empregado. Desta forma, quando a Administração efetiva a contratação de pessoal sem observância à regra do concurso público, o empregado contratado não poderá arguir boa-fé, uma vez que não cabe alegação de desconhecimento da norma constitucional. No entanto, aquele regularmente contratado por empresa privada que passa a laborar em ente público, em razão de contrato administrativo firmado entre a Administração Pública e o seu empregador, estará protegido pelo princípio da boa-fé, que lhe garante a proteção da Justiça do Trabalho quanto ao recebimento de todos os encargos trabalhistas aos quais faz jus. Portanto, a responsabilização subsidiária da Administração Pública torna-se a via mais fácil para garantir a efetivação dos direitos dos empregados aviltados por seus empregadores²⁹.

Cumprе destacar, no que se refere à licitude ou ilicitude da terceirização, a despeito de tudo o que já foi dito, que, recentemente, em 31.03.2017, entrou em vigor a Lei n.º 13.429/2017³⁰, que alterou dispositivos da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974 (que dispõe sobre o trabalho temporário), e dispôs sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros.

A nova lei acrescenta o art. 4º-A à Lei nº 6.019/74, com a seguinte redação:

“Art. 4º-A. Empresa prestadora de serviços a terceiros é a pessoa jurídica de direito privado destinada a prestar à contratante serviços determinados e específicos.
§ 1º A empresa prestadora de serviços contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus trabalhadores, ou subcontrata outras empresas para realização desses serviços.

²⁹ TOURINHO, Rita. A responsabilidade subsidiária da Administração Pública por débitos trabalhistas do contratado: a legalidade frente ao ideal de justiça. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 13, n. 66, mar / abr. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=72617>>. Acesso em: 20 mar. 2017, p. 13.

³⁰ Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13429.htm>. Acesso: em 05 abr. 2017.

§ 2º Não se configura vínculo empregatício entre os trabalhadores, ou sócios das empresas prestadoras de serviços, qualquer que seja o seu ramo, e a empresa contratante.

Embora o legislador não deixe bem clara essa questão, há na lei margem para interpretação no sentido de que a terceirização passa a ser permitida inclusive em atividade-fim da tomadora³¹.

A prevalecer esse entendimento, haverá necessidade de revisão da Súmula 331 do TST em alguns aspectos, para adaptá-la ao novo regramento.

Isso depende, contudo, da interpretação a ser dada à lei pelos tribunais pátrios, inclusive sobre sua aplicabilidade à Administração Pública, em relação à qual não há nenhuma menção expressa no texto legal.

A novel legislação traz ainda previsão expressa quanto à responsabilidade subsidiária da empresa contratante pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação dos serviços (art. 5º-A, § 5º).

Registre-se, por fim, que, além desta que acaba de entrar em vigor, tramitam no Senado Federal outros projetos de lei versando sobre a regulamentação da terceirização, destacando-se o PLC 30/2015, cujo texto oficial remetido ao Senado³² exclui expressamente a Administração Pública de sua aplicação (art. 1º, § 2º).

Este projeto considera como terceirização “a transferência feita pela contratante da execução de parcela de qualquer de suas atividades à contratada [...]” (art. 2º, I), deduzindo-se daí que a proposta admite a terceirização também em relação à execução das atividades-fim do tomador.

³¹ A propósito, conforme noticiado em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/camara-aprova-texto-base-de-projeto-que-permite-terceirizacao-irrestrita.ghtml>>. Acesso: em 05 abr. 2017: “Embora o texto não use diretamente esses conceitos, se a lei for sancionada por Temer, haverá permissão para terceirização de qualquer atividade”; e também em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2017-03/temer-sanciona-lei-que-permite-terceirizacao-em-atividade-fim-das-empresas>>. Acesso: em 05 abr. 2017: “O presidente Michel Temer sancionou hoje (31), com três vetos, a lei que libera a terceirização para todas as atividades das empresas. O texto será publicado ainda nesta sexta-feira em edição extra do *Diário Oficial da União*. A lei começa a valer a partir da data de publicação”.

³² Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120928>>, na aba “Documentos”. Acesso: em 26 mar. 2017.

No art. 15, o PL 30/2015 prevê ainda a responsabilidade solidária do tomador dos serviços em relação às obrigações trabalhistas e previdenciárias devidas pela contratada. Neste aspecto, a proposta é mais vantajosa ao trabalhador terceirizado que a própria Súmula 331 do TST.

Por fim, relevante mencionar que tramita no Supremo Tribunal Federal o Recurso Extraordinário nº 958.252, com repercussão geral reconhecida (Tema 725), através do qual a Corte deverá fixar os parâmetros para identificação do que representa atividade-fim.

3. TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

3.1. Evolução legislativa

A terceirização na Administração Pública é possível, como forma plenamente lícita de contratação de terceiros, de acordo com os preceitos legais, dela se beneficiando o Estado ao destinar atividades que não lhe são essenciais a terceiros especializados, por um custo menor, “sendo até mesmo uma forma de diminuir o déficit estatal, racionalizando sua estrutura³³”.

No âmbito da Administração Pública Federal, a terceirização está prevista na legislação pátria desde o Decreto-lei nº 200/67 (art. 10, §7º), posteriormente complementado pela Lei nº 5.645/70 (art. 3º, parágrafo único), que assim dispõem:

Decreto Lei n.º 200/67

Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

[...]

§ 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

Lei nº 5.645/70

Art. 3º. Parágrafo único. As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de

³³ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 13ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 142.

preferência, objeto de execução indireta, mediante contrato, de acordo com o artigo 10, § 7º, do Decreto-lei número 200, de 25 de fevereiro de 1967. (Revogado pela Lei nº 9.527, de 1997)

O Decreto-lei nº 2.300/86, nos artigos 5º, II, 9º, II, e 12, contemplou a contratação de serviços de terceiros pela Administração, sendo que a Lei n.º 8.666/93, que o sucedeu, definiu serviço como “toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração [...]”. Sendo o contratante ente público, o ajuste é feito mediante contrato administrativo, mediante prévia licitação, salvo nos casos de dispensa ou inexigibilidade (art. 24 e 25 da Lei 8.666/93)³⁴.

Assim, a terceirização passou a ser utilizada amplamente pela Administração, havendo, segundo apontam Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino, em alguns casos, excessos, de maneira que teria sido desvirtuada a finalidade do instituto.

De acordo com os autores, a terceirização passou a ser utilizada para substituir a mão-de-obra dos concursados, deixando-se de realizar concursos públicos e terceirizando-se até mesmo atividades-fim do Estado, tornando mais evidente o desvio de finalidade do instituto³⁵.

Diante desse cenário, o TCU manifestou entendimento no sentido de que a contratação indireta de pessoal por meio de empresa interposta para o desempenho de atividades típicas de cargos permanentes atenta contra o princípio constitucional do concurso público para investidura em cargo público (art. 37, II), interpretação respaldada no item II da Súmula 331 do TST.

Nesse contexto, o Poder Executivo Federal editou o Decreto n.º 2.271/97, dispondo:

Art. 1º [...]

§ 1º As atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta.
§ 2º Não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

³⁴ PAULO, Vicente e ALEXANDRINO, Marcelo. **Manual de direito do trabalho**. 12ª ed. São Paulo: Método, 2008, p. 87.

³⁵ PAULO, Vicente e ALEXANDRINO, Marcelo. *Op. et loc. cit.*

Percebe-se, pois, que o ordenamento jurídico brasileiro ampara a terceirização de serviços no âmbito da Administração Pública.

A própria Constituição Federal de 1988, inclusive, no inciso XXI do artigo 37, prevê a possibilidade dessa espécie de contratação pela Administração:

XXI – [...] as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes [...].

3.2. Ausência de responsabilidade da Administração Pública pelo inadimplemento das obrigações de responsabilidade do contratado: art. 71 da Lei n.º 8.666/1993

O art. 71, *caput* e §1º, da Lei 8.666/1993 (Lei de Licitações), expressamente distingue e exclui a responsabilidade da Administração Pública contratante pelas obrigações trabalhistas, tributárias, civis e comerciais resultantes de contratos firmados pela empresa contratada com terceiros, *in verbis*:

Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

§ 2º A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

Na redação original, o dispositivo previa:

Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos estabelecidos neste artigo, não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

Percebe-se que o legislador, num primeiro momento, estabeleceu que a Administração Pública não seria responsabilizada, nem solidária, nem subsidiariamente, pelo inadimplemento dos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais do contratado.

Com a Lei n.º 9.032/95, optou o legislador por estabelecer a responsabilidade solidária da Administração Pública apenas no que se refere aos encargos previdenciários do contratado.

Se quisesse que a Administração Pública respondesse também pelos encargos trabalhistas do contratado, teria o legislador o feito expressamente, como fez com os encargos previdenciários. A vontade do legislador, portanto, foi de manter o afastamento da responsabilidade da Administração Pública contratante pelos encargos trabalhistas da contratada.

Sobre o assunto, conforme bem retratado na tese de defesa mínima elaborada pelo Departamento de Contencioso da Procuradoria-Geral Federal³⁶, utilizada na defesa judicial das autarquias e fundações públicas federais perante os órgãos da Justiça do Trabalho:

A Administração não possui liberdade para contratar. Os contratos que celebra são resultado de um procedimento licitatório. Há, portanto, uma limitação da vontade do ente público, o qual somente pode contratar com o licitante que oferecer a melhor proposta, nos termos do certame licitatório. Não sendo a Administração livre para contratar, não se pode a ela imputar um inadimplemento causado exclusivamente pelo vencedor da licitação. Aqui, a limitação da vontade justifica a limitação da responsabilidade.

A situação é diferente em relação ao particular. O particular tem franca liberdade contratual, sendo livre para celebrar ou não um contrato, escolher livremente o contratante e estabelecer o conteúdo do contrato. Essa liberdade é o núcleo da autonomia privada. A liberdade concedida ao particular de escolher com quem contratar é que fundamenta a sua responsabilidade civil pelos atos do contratado. Todavia, a Administração Pública não possui a liberdade e a autonomia asseguradas ao particular. Não há que se falar em autonomia da vontade da Administração. Não podendo a Administração escolher livremente com quem contratar - eis que está vinculada ao procedimento licitatório, - justifica-se a previsão legal de limitação da sua responsabilidade pelos atos do contratado.

[...]

Ademais, outra questão que deve ser considerada é que quando se faz necessária a contratação de uma pessoa jurídica de direito privado para a realização de obra ou serviço, o Poder Público o faz mediante **contrato administrativo**, de acordo com regras e padrões legais dos quais não pode se desviar. Está, neste ponto, afastada a autonomia da vontade da Administração Pública, eis que esta não possui a liberdade contratual típica da autonomia privada.

Por tal razão, não se pode imputar ao Ente Público tomador de serviço a culpa *in eligendo*. É a Lei quem dispõe sobre os critérios de escolha do contratado, figurando o administrador, neste ponto, como mero executor. (Grifos do original)

Ainda, conforme observam Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino:

Pelo disposto no art. 71 da Lei n.º 8.666/1993 [...] não há qualquer responsabilidade para a Administração Pública. Parte-se da premissa de que tendo havido regular procedimento licitatório, a terceirização será desempenhada adequadamente. Será escolhida empresa idônea. Os requisitos habilitacionais ao procedimento licitatório (art. 27) afastam a culpa *in eligendo* (culpa em eleger, em escolher) da Administração. Também é afastada a culpa *in vigilando* (culpa por falta de diligência, atenção, fiscalização) da Administração, em razão da obrigação assumida pelo contratado de “manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações

³⁶ Conteúdo disponível na rede interna (Intranet) da Advocacia-Geral da União, cujo acesso é restrito aos membros e servidores da instituição.

por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação” (art. 55, XIII)³⁷.

Além disso, deve-se considerar que as despesas relativas aos encargos trabalhistas dos empregados terceirizados encontram-se embutidas no preço do contrato, ficando a empresa contratada responsável pelo pagamento. “Portanto, o Estado não pode ser cobrado em decorrência do simples inadimplemento da contratada, o que acarretaria no pagamento dobrado dos mesmos encargos, gerando prejuízo à sociedade, reais titulares da *res pública*”³⁸.

Apesar da clareza da lei no sentido de excluir a responsabilidade da Administração Pública contratante em caso de inadimplência do contratado com relação às suas obrigações trabalhistas, o que se verificou na prática foi que os Juízes e Tribunais do trabalho deixavam de aplicar o dispositivo e reconheciam a responsabilidade subsidiária dos entes públicos, com base na aplicação da Súmula 331, IV, do TST, segundo o qual, na redação original (revisão da Súmula nº 256 - Res. 23/1993, DJ 21, 28.12.1993 e 04.01.1994):

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial.

A interpretação do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93, porém, seguia controvertida nos tribunais, tendo o Pleno do Tribunal Superior do Trabalho, em 11.09.2000, por ocasião do julgamento do IUJ-RR - 297751-31.1996.5.04.5555³⁹, à unanimidade, decidido alterar o item IV da Súmula 331, que passou a ter a seguinte redação (cfe. Res. 96/2000, DJ 18, 19 e 20.09.2000):

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993).

³⁷ PAULO, Vicente e ALEXANDRINO, Marcelo. **Manual de direito do trabalho**. 12ª ed. São Paulo: Método, 2008, p. 89.

³⁸ CÂMARA, Viviane Miranda da. A responsabilidade trabalhista da Administração Pública nos contratos de terceirização: a repercussão do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16. **Revista Fórum Trabalhista – RFT**, Belo Horizonte, ano 3, n. 13, p. 139-164, jul./ago. 2014.

³⁹ Acórdão publicado no Diário da Justiça de 20.10.2000. Disponível em <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20297751-31.1996.5.04.5555&base=acordao&numProcInt=83959&anoProcInt=1996&dataPublicacao=20/10/2000%2000:00:00&query=>>>. Acesso: em 09 abr. 2017.

Na decisão, o TST, embora sem declarar expressamente a inconstitucionalidade do dispositivo da lei de licitações, concluiu que “o art. 37, § 6º, da Constituição Federal consagra a responsabilidade objetiva da Administração, sob a modalidade de risco administrativo, estabelecendo, portanto, sua obrigação de indenizar sempre que cause danos a terceiro”. Entendeu-se que: “Pouco importa que esse dano se origine diretamente da Administração, ou, indiretamente, de terceiro que com ela contratou e executou a obra ou serviço, por força ou decorrência de ato administrativo”.

O acórdão restou assim ementado:

INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA - ENUNCIADO Nº 331, IV, DO TST - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - ARTIGO 71 DA LEI Nº 8.666/93. Embora o artigo 71 da Lei nº 8.666/93 contemple a ausência de responsabilidade da Administração Pública pelo pagamento dos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato, é de se consignar que a aplicação do referido dispositivo somente se verifica na hipótese em que o contratado agiu dentro de regras e procedimentos normais de desenvolvimento de suas atividades, assim como de que o próprio órgão da administração que o contratou pautou-se nos estritos limites e padrões da normatividade pertinente. Com efeito, evidenciado, posteriormente, o descumprimento de obrigações, por parte do contratado, entre elas as relativas aos encargos trabalhistas, deve ser imposta à contratante a responsabilidade subsidiária. Realmente, nessa hipótese, não se pode deixar de lhe imputar, em decorrência desse seu comportamento omissivo ou irregular, ao não fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo contratado, em típica culpa in vigilando, a responsabilidade subsidiária e, conseqüentemente, seu dever de responder, igualmente, pelas conseqüências do inadimplemento do contrato. Admitir-se o contrário, seria menosprezar todo um arcabouço jurídico de proteção ao empregado e, mais do que isso, olvidar que a Administração Pública deve pautar seus atos não apenas atenta aos princípios da legalidade, da impessoalidade, mas sobretudo, pelo da moralidade pública, que não aceita e não pode aceitar, num contexto de evidente ação omissiva ou comissiva, geradora de prejuízos a terceiro, que possa estar ao largo de qualquer co-responsabilidade do ato administrativo que pratica. Registre-se, por outro lado, que o art. 37, § 6º, da Constituição Federal consagra a responsabilidade objetiva da Administração, sob a modalidade de risco administrativo, estabelecendo, portanto, sua obrigação de indenizar sempre que cause danos a terceiro. Pouco importa que esse dano se origine diretamente da Administração, ou, indiretamente, de terceiro que com ela contratou e executou a obra ou serviço, por força ou decorrência de ato administrativo.

A despeito da manifesta contrariedade da nova redação do item IV da Súmula 331 ao disposto no art. 71, *caput* e § 1º, da Lei nº 8.666/93, passou a prevalecer o entendimento consubstanciado na súmula, criando-se uma verdadeira jurisprudência *contra legem*⁴⁰.

⁴⁰ SILVA, Patrícia Pinheiro. Terceirização nos serviços públicos. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, vol. 77, n.º 1, p. 95-131, jan. / mar. 2011, p. 118.

Com base nesse entendimento, afastava-se a aplicação da lei, sem declarar sua inconstitucionalidade, o que viola o princípio da reserva de plenário (art. 97 da CF/88), dando ensejo ao ajuizamento de reclamações constitucionais perante o Supremo, por violação à Súmula Vinculante n.º 10 (“Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”)⁴¹.

3.3. Declaração de constitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei n.º 8.666/93 pelo Supremo Tribunal Federal - ADC 16-DF

Em meio a esse cenário de grave insegurança jurídica gerada pelo entendimento do TST, em 2007, o Governador do Distrito Federal havia proposto perante o Supremo Tribunal Federal a Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 16, visando a declaração de constitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei n.º 8.666/93, julgada em 24.11.2010.

Por ocasião do julgamento da ADC 16-DF⁴², o Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade do dispositivo.

Conforme trechos do Informativo n.º 610⁴³:

Em conclusão, o Plenário, por maioria, julgou procedente pedido formulado em ação declaratória de constitucionalidade movida pelo Governador do Distrito Federal, para

⁴¹ Nesse sentido: Rcl 9016 – RO, DJe-073, divulgado em 26/04/2010, publicado em 27/04/2010. Na decisão monocrática que julgou procedente a reclamação, o Min. Marco Aurélio consigna: “[...] 2. Repetem-se as situações jurídicas em que o Tribunal Superior do Trabalho, a partir do item 4 do Verbete n.º 331 da respectiva Súmula, afasta, sem que haja sido formalizado anteriormente o incidente de inconstitucionalidade, a eficácia do artigo 71, § 1º, da Lei n.º 8.666/93. Em síntese, verifica-se quadro a atrair a observação do Verbete Vinculante n.º 10 da Súmula do Supremo: Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte. Frise-se, por oportuno, que a circunstância de o Tribunal Superior do Trabalho ter aprovado verbete de súmula a contrariar o preceito legal não afasta este último do mundo jurídico. Indispensável seria, repita-se, examinar-se possível discrepância do ato normativo com a Carta Federal. 3. Ante a pacificação da matéria mediante verbete de súmula, julgo procedente o pedido formulado nesta reclamação para fulminar o acórdão proferido pela Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho no Agravo de Instrumento no Recurso de Revista n.º 787/2008-004-14-40.9, a fim de que haja a apreciação do tema presente o controle difuso de constitucionalidade [...]”. No mesmo sentido: Rcl 8889/PE, DJe-073, divulgado em 26/04/2010, publicado em 27/04/2010, também do Min. Marco Aurélio.

⁴² Inteiro teor do Acórdão disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165>>. Acesso em: 01 abr. 2017.

⁴³ Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo610.htm#ADC%20e%20art.%2071,%20%C2%A7%201%C2%BA,%20da%20Lei%208.666/93%20-%203>>. Acesso em: 01 abr. 2017.

declarar a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 (“Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato. § 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis”) — v. Informativo 519.

Preliminarmente, conheceu-se da ação por se reputar devidamente demonstrado o requisito de existência de controvérsia jurisprudencial acerca da constitucionalidade, ou não, do citado dispositivo, razão pela qual seria necessário o pronunciamento do Supremo acerca do assunto.

[...]

Quanto ao mérito, entendeu-se que a mera inadimplência do contratado não poderia transferir à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos, mas reconheceu-se que isso não significaria que eventual omissão da Administração Pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não viesse a gerar essa responsabilidade. Registrou-se que, entretanto, a tendência da Justiça do Trabalho não seria de analisar a omissão, mas aplicar, irrestritamente, o Enunciado 331 do TST.

O Min. Marco Aurélio, ao mencionar os precedentes do TST, observou que eles estariam fundamentados tanto no § 6º do art. 37 da CF quanto no § 2º do art. 2º da CLT (“§ 2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.”).

Afirmou que o primeiro não encerraria a obrigação solidária do Poder Público quando recruta mão-de-obra, mediante prestadores de serviços, considerado o inadimplemento da prestadora de serviços. Enfatizou que se teria partido, considerado o verbete 331, para a responsabilidade objetiva do Poder Público, presente esse preceito que não versaria essa responsabilidade, porque não haveria ato do agente público causando prejuízo a terceiros que seriam os prestadores do serviço.

No que tange ao segundo dispositivo, observou que a premissa da solidariedade nele prevista seria a direção, o controle, ou a administração da empresa, o que não se daria no caso, haja vista que o Poder Público não teria a direção, a administração, ou o controle da empresa prestadora de serviços.

Concluiu que restaria, então, o parágrafo único do art. 71 da Lei 8.666/93, que, ao excluir a responsabilidade do Poder Público pela inadimplência do contratado, não estaria em confronto com a Constituição Federal.

Concluiu-se que não há incompatibilidade entre o art. 71, § 1º, da Lei n.º 8.666/1993 e o art. 37, § 6º, da Constituição.

Nos debates, a Min. Carmen Lúcia comenta que o entendimento sedimentado pelo TST no IUJ-RR-297751-31.1996 é que contraria a Constituição, esclarecendo que o art. 37, § 6º trata da responsabilidade objetiva extracontratual, e a questão é de responsabilidade contratual:

Aí, faz-se referência aos artigos 173 e 195, § 3º, da Constituição, para se afirmar responsabilidade, afirmando-se ali:

“Registre-se, por outro lado, que o art. 37, § 6º, da Constituição Federal consagra a responsabilidade objetiva da Administração, sob a modalidade de risco administrativo, estabelecendo, portanto, obrigação de indenizar sempre que cause danos a terceiro”.

Com um detalhe: essa frase é rigorosamente, fragorosamente, e exemplarmente contrária à Constituição, porque o art. 37, § 6º, trata de responsabilidade objetiva

patrimonial ou extracontratual. Aqui é responsabilidade contratual, então, na verdade, contrariam a Constituição.

Na mesma sessão de julgamento, o Supremo proveu dois agravos regimentais para julgar procedentes as Reclamações 7517/DF e 8150/SP, determinando-se o retorno dos autos ao TST, a fim de que se procedesse a novo julgamento, manifestando-se, nos termos do art. 97 da CF, à luz da constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93, então declarada⁴⁴.

É constitucional, portanto, e deve ser respeitada, a norma do art. 71, § 1º da Lei de Licitações, que afasta a responsabilidade da Administração Pública pelos encargos trabalhistas das empresas contratadas para a prestação de serviços terceirizados.

Além disso, considerando que a declaração de constitucionalidade do dispositivo foi tomada em sede de controle concentrado, a decisão do Supremo possui efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, nos termos do art. 103, § 2º da CF/88⁴⁵, de modo que não mais subsiste discussão acerca da constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n.º 8.666/93, restando superada a redação anterior do item IV da Súmula 331 do TST, que havia sido dada pela Resolução 96/2000.

Alguns autores, porém, a despeito da decisão do STF na ADC 16, continuaram a defender a ampla responsabilidade da Administração em caso de inadimplemento das verbas trabalhistas pelas empresas terceirizadas, insistindo na tese da inconstitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei n.º 8.666/93⁴⁶.

Argumenta-se que a ausência de responsabilidade implicaria violação aos princípios constitucionais da isonomia (art. 5º), da responsabilidade objetiva (37, § 6º), da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho (art. 1º, III e IV), dentre outros.

Ocorre que, como visto, não há mais que se cogitar de inconstitucionalidade do art. 71 da Lei de Licitações, porque sua constitucionalidade foi declarada em sede de controle

⁴⁴ Conforme noticiado no Informativo n.º 610 acima referido.

⁴⁵ § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

⁴⁶ Vide SILVA, Patrícia Pinheiro. Terceirização nos serviços públicos. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. Brasília, vol. 77, n.º 1, pgs. 95-130 jan / mar 2011, p. 118 *et seq.*

concentrado pelo STF, possuindo a decisão eficácia contra todos e efeito vinculante. A discussão está superada. É preciso respeitar a decisão do Supremo e observar sua força vinculante.

A despeito disso, certos autores chegam ao ponto de indicar formas de como os juízes do trabalho devem passar a julgar a questão da responsabilidade subsidiária da Administração, de modo a contornar o entendimento fixado pela Suprema Corte.

Nesse sentido, Antônio Álvares da Silva sugere:

[...] cabe agora aos juízes do trabalho julgar a questão da responsabilidade subsidiária da Administração Pública sem tocar em matéria constitucional. Dirão que a decisão do STF estará sempre acatada quanto à constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n.º 8.666/1993. Porém a interpretação que dão ao dispositivo, reconhecido como constitucional, é de que ele não exclui a responsabilidade subsidiária da Administração Pública. Se for feita menção à questão da (in)constitucionalidade do item IV da Súmula n. 331, isto significará, segundo entendimento do STF, desobediência à sua decisão, cabendo reclamação para corrigi-la. Se não se mencionar o problema da (in)constitucionalidade, o problema se deslocará para o terreno da interpretação e o que for decidido fugirá ao crivo do STF, pois se localiza no âmbito da interpretação⁴⁷.

Com a devida vênia, não se pode compactuar com esse entendimento. Trata-se de uma verdadeira forma disfarçada de, indiretamente, dentro do “terreno da interpretação”, deixar de aplicar a lei, sem declará-la inconstitucional, em desobediência à autoridade da decisão do Supremo. Decisões nesse sentido, portanto, não devem fugir ao crivo do STF.

Outros autores, ainda, defendem que, mesmo não sendo cabível a regra da responsabilidade objetiva, admite-se a responsabilização dos entes públicos com base na teoria subjetiva, por culpa *in eligendo* (má escolha do contratante) ou *in vigilando* (má fiscalização).

Nesse sentido, Marcos Malaquias argumenta:

Com efeito, o resultado final do julgamento da ADC nº 16/DF mantém a viabilidade jurídica de aplicação do entendimento constantemente adotado pelo Tribunal Superior do Trabalho. Não obstante a declaração de constitucionalidade do art. 71 da Lei nº 8.666/93, certo é que o ente público poderá ser responsabilizado quando demonstrada a culpa *in vigilando* e *in eligendo*.
[...]

⁴⁷ SILVA, Antônio Álvares da. **Globalização, terceirização e a nova visão do tema pelo Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: LTr, 2011, pgs. 89-90.

Os prejuízos causados a terceiros, por ente público (ainda que indiretamente), não podem permanecer sem a devida reparação. Este aspecto fortalece a tese acerca da responsabilização subsidiária da Administração Pública, sobretudo porque o ente público dispõe de meios capazes de fiscalizar a atuação da empresa prestadora de serviço público.

Na ocorrência de falhas de fiscalização: 1) quanto à regularidade da pessoa jurídica constituída, no ato da contratação, e 2) quanto à gestão de recursos humanos após a contratação, há comprovação de modalidade culposa prevista no ordenamento jurídico (culpa *in eligendo* e *in vigilando*), razão pela qual exsurge plenamente cabível a aplicação da Súmula nº 331, item IV, do Colendo TST.

[...]

No momento da habilitação jurídica da empresa, o ente público tem totais condições para constatar a qualificação técnica, econômica, jurídica e financeira. Nesse momento, é possível constatar se a empresa participante terá condições ou não de cumprir o objeto da licitação.

Como decorrência, se a Administração Pública não aproveita essa fase, cometendo falha ao habilitar quem não era capaz, afigura-se inafastável a sua responsabilidade subsidiária no caso de inadimplemento. No mesmo sentido, ainda que seja constatada a regularidade da empresa prestadora, se a Administração Pública, no decorrer da prestação do serviço público, não promove a fiscalização efetiva da regularidade da empresa, comete falha capaz de ensejar, igualmente, sua responsabilização.

Ora, se o agente público não cumpre o seu mister, contratando uma empresa que não seja juridicamente habilitada, ou tecnicamente capaz, ou, ainda, financeiramente sólida e, o mais grave, que não forneça garantias reais, não apenas no tocante à sua participação no certame, mas, igualmente, à formalização do contrato, mostra-se inequívoca a responsabilidade subsidiária do ente público.

E mais: se o agente público não acompanha cotidianamente a execução do contrato, bem como o fiel cumprimento das obrigações trabalhistas, é claro que não ocorrência de prejuízos financeiros aos empregados, não haverá como se afastar definitivamente o risco da Administração Pública ter que indenizá-los.

Realmente, o teor da Súmula nº 331, item IV, do TST surge, então, como medida capaz de amenizar os prejuízos causados ao trabalhador, cuja ocorrência, em grande parte, poderá ser atribuída à Administração Pública, justamente por não ter o órgão público licitante exigido a comprovação de garantias reais, aptidão técnica e econômica, e por não ter acompanhado cada detalhe da execução do contrato. Por isso, afigura-se patente a coparticipação da Administração Pública na reparação de eventuais prejuízos que os trabalhadores venham a experimentar⁴⁸.

Ocorre, no entanto, que não se pode atribuir culpa *in eligendo* à Administração, porque contrata as empresas terceirizadas mediante processo licitatório, não tendo opção de escolha.

Para a habilitação no processo, são exigidos documentos relativos à habilitação jurídica, qualificação técnica e econômico-financeira e regularidade fiscal das empresas licitantes.

Assim, decorrendo a contratação de regular procedimento licitatório (o que se presume até prova em contrário) mediante apuração da idoneidade da empresa, nos termos da Lei (artigo 27 da Lei 8.666/1993), não há que se falar em culpa *in eligendo* ou mesmo em contratação de empresa inidônea.

⁴⁸ MALAQUIAS, Marcos. Inadimplemento trabalhista e julgamento da ADC nº 16/DF. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, vol. 77, n.º 1, p. 85-94, jan. / mar. 2011, pg. 86 *et seq.*

Não se pode olvidar, porém, que, apesar da declaração de constitucionalidade do dispositivo, no próprio julgamento da ADC 16, o Supremo admitiu que, nos casos em que restar demonstrada a culpa *in vigilando*, será possível a responsabilização do ente público pelos encargos devidos aos trabalhadores terceirizados.

Nos termos do voto do relator, Min. Cesar Peluso, reportando-se à postura da Justiça do Trabalho:

Ela tem decidido que a mera inadimplência do contratado, não transfere a responsabilidade, nos termos em que está na lei, nesse dispositivo. Então, esse dispositivo é constitucional. E proclama: mas isto não significa que eventual omissão da Administração Pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não gere responsabilidade. É outra matéria.

Em seu voto, o Min. Gilmar Mendes asseverou:

É bem verdade que os pontos que têm sido suscitados pelo TST fazem todo o sentido e talvez exijam dos órgãos de controle, seja TCU, seja Tribunal de Contas do Estado, aqueles responsáveis pelas contas dos municípios, que haja realmente a fiscalização, porque, realmente, o pior dos mundos pode ocorrer para o empregado que prestou o serviço, a empresa recebeu da Administração, mas não cumpriu os deveres elementares. Então, essa questão continua posta e foi o que o TST, de alguma forma, tentou explicitar ao não declarar a inconstitucionalidade da lei e resgatar a ideia da súmula, para que haja essa **culpa in vigilando**, fundamental. Nós tivemos esses casos aqui mesmo na administração do Tribunal e tivemos de fiscalizar [...].

Em razão disso, mesmo após a declaração de constitucionalidade da norma, certo é que será possível a responsabilidade subsidiária dos entes públicos, caso fique demonstrada culpa no que se refere à fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa contratada.

3.4. Nova redação da Súmula 331 do TST

Após o julgamento da ADC nº 16 pelo Supremo, o Tribunal Superior do Trabalho alterou a redação do inciso IV da Súmula 331 e acrescentou os incisos V e VI, nos seguintes termos (Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011):

Súmula 331 do TST

[...]

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da administração pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n. 8.666/93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

Observa-se que, em conformidade com o que restou decidido pelo Supremo na ADC 16, a redação atual da Súmula 331, no inciso V, exige demonstração de culpa no cumprimento das obrigações previstas na lei de licitações, especialmente quanto à fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviços em relação aos seus empregados.

Diferentemente do que ocorre quando o tomador pertence à iniciativa privada, a responsabilidade da administração pública não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada, havendo necessidade de demonstração de culpa.

Maurício Godinho Delgado refere que o novo texto da súmula “realiza a adequação da jurisprudência trabalhista à decisão do STF, eliminando a ideia de responsabilidade objetiva e também de responsabilidade subjetiva por culpa *in elegendo*”, mas mantém a “responsabilidade subjetiva por culpa *in vigilando* (omissão no dever fiscalizatório), conforme deflui do mesmo julgamento da Corte Máxima⁴⁹”.

A mera inadimplência da empresa terceirizada em relação às verbas trabalhistas não é suficiente para embasar a condenação subsidiária dos entes públicos. Para tanto, deve-se demonstrar a ausência de fiscalização no cumprimento das obrigações contratuais e legais.

3.5. Dever de fiscalização e ônus da prova

Embora afaste, no art. 71, § 1º, a responsabilidade da Administração pelos encargos trabalhistas da empresa contratada, a própria Lei n.º 8.666/93 estabelece o dever de fiscalização pelos entes contratantes, conforme se depreende dos artigos 27, 29, 55, XIII, e 67, *caput* e § 1º:

⁴⁹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**, 11ª ed., São Paulo: LTr, 2012, p. 470.

Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

- I - habilitação jurídica;
- II - qualificação técnica;
- III - qualificação econômico-financeira;
- IV - regularidade fiscal.
- IV – regularidade fiscal e trabalhista;
- V – cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, consistirá em:

- I - prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC);
- II - prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;
- III - prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;
- IV - prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei.
- V – prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa, nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

[...]

XIII - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação.

Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

§ 1º O representante da Administração anotarà em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.

No âmbito da Administração Pública Federal, a fiscalização dos contratos está regulamentada pela Instrução Normativa n.º 02, de 30 de abril de 2008⁵⁰, da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação (SLTI) do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), com suas posteriores alterações, que prevê uma série de exigências em relação às empresas contratadas no intuito de garantir o cumprimento das obrigações trabalhistas e fiscais, destacando-se os seguintes artigos:

Art. 19-A. O edital deverá conter ainda as seguintes regras para a garantia do cumprimento das obrigações trabalhistas nas contratações de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra:

⁵⁰ Versão atualizada disponível em: <<http://www.comprasgovernamentais.gov.br/paginas/instrucoes-normativas/instrucao-normativa-no-02-de-30-de-abril-de-2008-1>>. Acesso em: 16 abr. 2017.

I - previsão de provisionamento de valores para o pagamento das férias, 13º (décimo terceiro) salário e verbas rescisórias aos trabalhadores da contratada, que serão depositados pela Administração em conta vinculada específica, conforme o disposto no Anexo VII desta Instrução Normativa;

[...]

IV - a obrigação da contratada de, no momento da assinatura do contrato, autorizar a Administração contratante a reter, a qualquer tempo, a garantia na forma prevista na alínea “k” do inciso XIX do art. 19 desta Instrução Normativa;

V - a obrigação da contratada de, no momento da assinatura do contrato, autorizar a Administração contratante a fazer o desconto nas faturas e realizar os pagamentos dos salários e demais verbas trabalhistas diretamente aos trabalhadores, bem como das contribuições previdenciárias e do FGTS, quando estes não forem adimplidos;

[...]

§ 4º O saldo existente na conta vinculada apenas será liberado com a execução completa do contrato, após a comprovação, por parte da empresa, da quitação de todos os encargos trabalhistas e previdenciários relativos ao serviço contratado.

§ 5º Quando não for possível a realização dos pagamentos a que se refere o inciso V do caput deste artigo pela própria administração, esses valores retidos cautelarmente serão depositados junto à Justiça do Trabalho, com o objetivo de serem utilizados exclusivamente no pagamento de salários e das demais verbas trabalhistas, bem como das contribuições sociais e FGTS.

Art. 34 A execução dos contratos deverá ser acompanhada e fiscalizada por meio de instrumentos de controle, que compreendam a mensuração dos seguintes aspectos, quando for o caso:

[...]

§ 3º O representante da Administração deverá promover o registro das ocorrências verificadas, adotando as providências necessárias ao fiel cumprimento das cláusulas contratuais, conforme o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 67 da Lei nº 8.666, de 1993.

§ 4º O descumprimento total ou parcial das responsabilidades assumidas pela contratada, sobretudo quanto às obrigações e encargos sociais e trabalhistas, ensejará a aplicação de sanções administrativas, previstas no instrumento convocatório e na legislação vigente, podendo culminar em rescisão contratual, conforme disposto nos artigos 77 e 87 da Lei nº 8.666, de 1993.

§ 5º Na fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas e sociais nas contratações continuadas com dedicação exclusiva dos trabalhadores da contratada, exigir-se-á, dentre outras, as seguintes comprovações:

I - no caso de empresas regidas pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT:

a) no primeiro mês da prestação dos serviços, a contratada deverá apresentar a seguinte documentação:

1. relação dos empregados, contendo nome completo, cargo ou função, horário do posto de trabalho, números da carteira de identidade (RG) e da inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF), com indicação dos responsáveis técnicos pela execução dos serviços, quando for o caso;

2. Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) dos empregados admitidos e dos responsáveis técnicos pela execução dos serviços, quando for o caso, devidamente assinada pela contratada; e

3. exames médicos admissionais dos empregados da contratada que prestarão os serviços;

b) entrega até o dia trinta do mês seguinte ao da prestação dos serviços ao setor responsável pela fiscalização do contrato dos seguintes documentos, quando não for possível a verificação da regularidade dos mesmos no Sistema de Cadastro de Fornecedores – SICAF:

1. prova de regularidade relativa à Seguridade Social;

2. certidão conjunta relativa aos tributos federais e à Dívida Ativa da União;

3. certidões que comprovem a regularidade perante as Fazendas Estadual, Distrital e Municipal do domicílio ou sede do contratado;

4. Certidão de Regularidade do FGTS – CRF; e

5. Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas – CNDT;

c) entrega, quando solicitado pela Administração, de quaisquer dos seguintes documentos:

1. extrato da conta do INSS e do FGTS de qualquer empregado, a critério da Administração contratante;
 2. cópia da folha de pagamento analítica de qualquer mês da prestação dos serviços, em que conste como tomador o órgão ou entidade contratante;
 3. cópia dos contracheques dos empregados relativos a qualquer mês da prestação dos serviços ou, ainda, quando necessário, cópia de recibos de depósitos bancários;
 4. comprovantes de entrega de benefícios suplementares (vale-transporte, vale alimentação, entre outros), a que estiver obrigada por força de lei ou de convenção ou acordo coletivo de trabalho, relativos a qualquer mês da prestação dos serviços e de qualquer empregado; e
 5. comprovantes de realização de eventuais cursos de treinamento e reciclagem que forem exigidos por lei ou pelo contrato;
- d) entrega da documentação abaixo relacionada, quando da extinção ou rescisão do contrato, após o último mês de prestação dos serviços, no prazo definido no contrato:
1. termos de rescisão dos contratos de trabalho dos empregados prestadores de serviço, devidamente homologados, quando exigível pelo sindicato da categoria;
 2. guias de recolhimento da contribuição previdenciária e do FGTS, referentes às rescisões contratuais;
 3. extratos dos depósitos efetuados nas contas vinculadas individuais do FGTS de cada empregado dispensado; e
 4. exames médicos demissionais dos empregados dispensados.

No Anexo IV, a IN MPOG n.º 02/08 traz, ainda, um “Guia de Fiscalização dos Contratos de Prestação de Serviços com Dedicção Exclusiva de Mão-de-Obra”, com rotinas sobre a forma como devem ser realizadas a fiscalização inicial (no momento em que a prestação de serviços é iniciada), mensal (a ser feita antes do pagamento da fatura), diária, especial, por amostragem, e quando da extinção ou rescisão dos contratos.

Observam-se uma série de exigências voltadas a assegurar o cumprimento das obrigações trabalhistas das empresas contratadas. Vale mencionar que muitas alterações foram promovidas na redação original da IN visando resguardar a Administração da responsabilidade subsidiária, com base na Súmula n.º 331 do TST. Com efeito, a redação original do art. 19-A, incluído pela IN 03/2009, fazia expressa menção ao verbete do TST.

No nível federal⁵¹, portanto, amparados pela IN 02/08, os entes públicos devem verificar todos os itens relacionados ao cumprimento das obrigações legais e trabalhistas pelas contratadas, a saber: 1. Guia de Recolhimento da Previdência Social (GPS); 2. Guia de Recolhimento do FGTS (GRF); 3. Relação dos Trabalhadores Constantes do Arquivo SEFIP (RE); 4. Relação de Tomadores/Obras (RET); 5. Protocolo de Envio de Arquivos da Conectividade Social (GFIP); 6. Comprovantes de pagamentos dos salários; 7. Comprovantes

⁵¹ Embora destinada à Administração Pública Federal, a IN 02/08 serve como parâmetro para atuação dos entes públicos nas demais esferas da federação.

de pagamento de vale-transporte; 8. Comprovantes de auxílio alimentação; 9. Folhas-ponto dos empregados; 10. Certidão de Regularidade do FGTS; 11. Certidão de Regularidade do INSS; 12. Certidão de Regularidade de Débitos Trabalhistas; 13. Certidão Conjunta de débitos relativos a tributos Federais e Dívida ativa da União.

Antes de autorizar o pagamento das faturas mensais de prestação de serviços à empresa contratada, a fiscalização do contrato verifica a regularidade de todos esses itens. O pagamento das faturas à contratada somente ocorre quando, após conferência pelo responsável, for constatada a regularidade dos contratos de trabalho.

No caso de constatação de irregularidades, o fiscal do contrato imediatamente notifica a empresa contratada para que regularize a situação, sem prejuízo da comunicação às autoridades competentes (MTE, RFB), da aplicação das penalidades cabíveis (advertência, multa, impedimento de licitar e contratar com a administração pública, etc.), e da rescisão unilateral do contrato.

De tal sorte, e tendo em vista que a responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada, somente quando efetivamente demonstrada a omissão culposa da Administração, relativamente ao dever de fiscalização, é que se poderá reconhecer a responsabilidade subsidiária.

Um dos problemas que surge é a definição com relação a quem incumbe o ônus da prova da efetiva fiscalização.

Considerando a presunção de legalidade dos atos da Administração Pública, Sérgio Pinto Martins observa que a culpa não se presume, devendo ser demonstrada por quem alega⁵².

A observância das exigências legais e regulamentares quanto à fiscalização pelos entes públicos, dada a presunção de legitimidade e legalidade dos atos administrativos, é presumida, cabendo ao reclamante apontar e demonstrar eventual falha.

Alguns autores, porém, defendem que:

⁵² MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 13ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p.152.

[...] a exclusão da responsabilidade subsidiária da Administração Pública apenas pode ser aplicada quando esta tenha cumprido todos os preceitos da norma relativa a licitações e contratos administrativos, inclusive fiscalizando a empresa ou ente prestador dos serviços contratados, no sentido de verificar o regular adimplemento dos direitos trabalhistas [...]⁵³.

Com base nesse entendimento e no princípio da aptidão para a prova, entende-se que o ônus da prova seria da Administração Pública, a quem caberia “o dever de comprovar que agiu diligentemente e que o procedimento licitatório foi cumprido formal e materialmente, sob pena de responder subsidiariamente⁵⁴”.

Outros autores, ainda, seguindo uma linha de interpretação mais inclinada à proteção do trabalhador, no sentido de que a lei deve ser interpretada à luz dos princípios da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho, entre outros, Márcio Tulio Viana, Gabriela Neves Delgado e Helder Santos Amorim sustentam:

A interpretação do § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93 desafia sua leitura conjunta e contextualizada com vários outros dispositivos legais que imputam à Administração Pública, de forma correlata e proporcional, o dever de fiscalizar eficientemente a execução dos seus contratos de terceirização, por imperativo de legalidade e moralidade pública (Constituição, art. 37, *caput*), inclusive em relação ao adimplemento dos direitos dos trabalhadores terceirizados, tendo em vista que se trata de *direitos fundamentais* (Constituição, art. 7º) cuja promoção e fiscalização incumbe aprioristicamente ao Estado, como razão essencial de sua existência.

Daí porque a fiscalização do fiel cumprimento dos direitos dos trabalhadores terceirizados constitui elemento intrínseco à fiscalização do contrato de prestação de serviços, tal como decorre expressamente de dispositivos da Lei de Licitações e das normas que a regulamentam no nível federal, em observância aos preceitos constitucionais que consagram a *dignidade da pessoa humana* e os *valores sociais do trabalho e da livre iniciativa* como fundamento da República (CF, art. 1º, III e IV), que instituem como objetivo da República *construir uma sociedade livre, justa e solidária* (art. 3º, I), que fundamentalizam os direitos essenciais dos trabalhadores (art. 7º), que fundam a ordem econômica na *valorização do trabalho humano* (art. 170) e que alicerçam a ordem social no *primado do trabalho* (art. 193).

No plano infraconstitucional, o dever da Administração Pública de fiscalizar o cumprimento de direitos dos trabalhadores terceirizados decorre primeiramente de dispositivos da Lei de Licitações, mas o padrão fiscalizatório, que diz respeito à extensão e profundidade deste dever de fiscalizar, encontra-se emoldurado na integração deste diploma legal com preceitos da *Instrução Normativa (IN) nº 02/08, alterados pela Instrução Normativa nº 03/09, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG)*, que regulamentam a matéria no âmbito da Administração Pública Federal.

Enquanto a Lei de Licitações traça regras gerais sobre o dever de fiscalização contratual, a IN nº 02/08 do MPOG interpreta e especifica estas regras, instituindo um padrão fiscalizatório comprometido com a eficiência das técnicas de controle e com a efetividade dos direitos fiscalizados, como será adiante demonstrado, levando em

⁵³ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**, 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 359.

⁵⁴ ALMEIDA, Dayse Coelho de. Terceirização trabalhista na Administração Pública. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 11, n. 129, p. 2537, set. 2012, p. 13.

consideração a realidade do gerenciamento contratual, os riscos decorrentes das práticas contratuais e os direitos e deveres da Administração Pública perante os administrados e perante os terceiros interessados, tais como os trabalhadores terceirizados

[...]

A Administração só se desincumbe deste seu dever quando demonstra a promoção eficaz de todos os procedimentos legais de controle, além daqueles que, embora não previstos expressamente na lei, sejam indispensáveis à eficiência da fiscalização na obtenção dos seus resultados, em respeito ao princípio da *eficiência administrativa* que rege a Administração Pública (Constituição, art. 37).

A leitura teleológica das normas em apreço sinaliza para a busca de um resultado fiscalizatório concreto, consistente num controle capaz de impor à empresa contratada o cumprimento dos direitos laborais dos seus empregados, levando-a a adimplir todos os encargos sociais e trabalhistas decorrentes do contrato administrativo, com vistas, inclusive, a atrair de forma plena e iniludível o disposto no § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93.

Lado outro, a ausência de fiscalização ou a fiscalização insuficiente, descomprometida com a efetividade dos direitos fiscalizados, implica inadimplência do ente público contratante para com o seu dever de tutela, dever decorrente da sua própria condição de Administração Pública.

Neste caso, estabelecido o nexos causal entre a inadimplência da Administração pública em fiscalizar eficientemente e a inadimplência trabalhista da empresa contratada, resulta naturalmente configurada a culpa *in eligendo* ou *in vigilando* da Administração, com sua consequente responsabilidade subsidiária pelos encargos sociais inadimplidos⁵⁵.

Ocorre que a adoção desse entendimento implica o reconhecimento de que a fiscalização seria uma obrigação de resultado da Administração, presumindo-se a culpa em caso de inadimplemento de toda e qualquer obrigação trabalhista pela empresa contratada, entendimento que não se coaduna com a decisão do STF na ADC 16.

A obrigação de fiscalização não pode ser vista como obrigação de resultado, sob pena de se transformar em verdadeira responsabilidade objetiva pelo mero inadimplemento da contratada, contrariamente ao entendimento fixado pelo Supremo. Até porque, se fiscalização eficiente é aquela que impede ou evita o inadimplemento, sequer haveria reclamação trabalhista para discutir a questão da responsabilidade subsidiária.

Quanto às regras de distribuição do ônus da prova, relevante mencionar que o novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), em vigor desde 18.03.2016, no art. 373, I e II, e § 1º, assim estabeleceu:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

⁵⁵ VIANA, Márcio Tulio; DELGADO, Gabriela Neves; e AMORIM, Helder Santos. Terceirização: aspectos gerais. A última decisão do STF e a Súmula nº 331 do TST. Novos enfoques. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, vol. 77, n.º 1, p. 54-84, jan. / mar. 2011, pgs. 76 *et seq.*

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

Por força do art. 769 da CLT c/c art. 15 do NCPC, esses dispositivos aplicam-se ao Processo do Trabalho, em face da omissão na CLT e da compatibilidade, conforme expressamente previsto no art. 3º, VII, da Instrução Normativa n.º 36/2016, aprovada pela Resolução n.º 203, de 15 de março de 2016, do Pleno do Tribunal Superior do Trabalho.

Dessa forma, se o juízo entender que, pelo princípio da aptidão para a prova, é do ente da Administração Pública o ônus de comprovar a efetiva fiscalização, por ter maior facilidade para a obtenção dessa prova, deve fazê-lo por decisão fundamentada, além de dar ao ente público a oportunidade de se desincumbir desse ônus. Não se trata, pois, de uma inversão automática do ônus da prova, como ocorre na prática. Essa redistribuição do ônus probatório não se dá *ope legis*, mas sim *ope judicis*.

Na prática, embora os julgados venham abordando o entendimento do STF na ADC n.º 16 e da nova redação da Súmula 331 do TST, verifica-se que, na realidade, estão atribuindo omissão culposa aos entes públicos pelo fato de terem se beneficiado da força de trabalho dos reclamantes, e por restar evidenciado o inadimplemento de obrigações trabalhistas.

Mesmo nos casos em que os entes públicos federais demonstram o acompanhamento e a efetiva fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas pelas prestadoras de serviços, nos moldes da IN n.º 02/08 MPOG, ainda se observam condenações subsidiárias, quando reconhecido na sentença o inadimplemento de alguma verba trabalhista.

4. PANORAMA ATUAL DA QUESTÃO NA JURISPRUDÊNCIA TRABALHISTA

Após a decisão do Supremo na ADC n.º 16 e a revisão do enunciado da Súmula 331 do TST, esperava-se uma redução significativa do volume de condenações dos entes públicos nas reclamações trabalhistas em que se discute o tema da responsabilidade subsidiária nas terceirizações de serviços, considerando que passa a ser necessária a demonstração da culpa *in vigilando*.

Todavia, não foi isso o que se viu ocorrer na prática, verificando-se condenações na esmagadora maioria dos casos submetidos à apreciação do Judiciário Trabalhista sobre o tema, conforme se passa a analisar, iniciando pela jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, passando para o Tribunal Superior do Trabalho, chegando, ao fim, no entendimento do Supremo Tribunal Federal.

4.1. Jurisprudência do TRT da 4ª Região

No âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, pode-se afirmar que é muito raro encontrar alguma decisão favorável aos entes públicos quando se trata da questão da responsabilidade subsidiária nas terceirizações, especificamente sob o enfoque da fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas pelas empresas contratadas.

A quase totalidade das decisões, apesar de enfrentarem o tema à luz do entendimento do Supremo na ADC n.º 16 e da nova redação da Súmula 331, concluem pela ocorrência de culpa *in vigilando*, e reconhecem a responsabilidade subsidiária da Administração pelo pagamento dos débitos trabalhistas inadimplidos pelas empresas contratadas.

Essa afirmação é embasada em uma pesquisa jurisprudencial específica sobre o tema, realizada através da ferramenta disponível na página eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região na *internet*⁵⁶.

Foram pesquisados acórdãos em recurso ordinário de todos os órgãos julgadores, todas as fontes, e todos os relatores, julgados no período compreendido entre 18.04.2016 a 18.04.2017, relativamente ao tema da responsabilidade subsidiária da administração pública.

⁵⁶ No link: < <http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/jurisprudencia/acordaos>>. Acessos entre os dias 20 e 23 de abril de 2017. Os campos destinados à pesquisa foram preenchidos da seguinte forma: **Todas** as palavras: “responsabilidade subsidiária” e “administração pública”; [...] Tipo: Acórdãos; Classe: Recurso Ordinário (RO); Órgão julgador: Todos os órgãos julgadores; Fonte: Todas as fontes; Redatores: Todos os relatores; Data: 18/04/2016 a 18/04/2017.

Com base nos critérios utilizados, a pesquisa apresentou 1340 resultados⁵⁷. Desse total, em um primeiro momento, a análise ficou restrita aos 200 primeiros casos⁵⁸ que versavam especificamente sobre a questão da responsabilidade subsidiária da administração pública à luz do entendimento do STF na ADC n.º 16, e da nova redação da Súmula 331 do TST.

Surpreendentemente, em nenhum dos 200 processos a Administração Pública obteve decisão favorável quanto ao aspecto.

Todos os acórdãos, sem exceção⁵⁹, concluíram pela existência conduta culposa da Administração Pública na fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas pelas contratadas.

⁵⁷ Todavia, o sistema permitiu a consulta sequencial apenas dos primeiros 1000. Até a página 100 (“de 991 a 1000). A partir da página 101, o sistema apresentou a seguinte mensagem: “Nenhum documento encontrado com estes parâmetros”.

⁵⁸ Ordenados “por data”, iniciando pelo Processo n.º 0020243-04.2015.5.04.0001 (RO, 3ª Turma, Rel. Des. Claudio Antonio Cassou Barbosa, julgado em 18.04.2017), e finalizando no Processo n.º 0020686-22.2015.5.04.0205 (RO), Rel. Des. Clovis Fernando Schuch Santos, julgado em 04.04.2017. Ao todo, para chegar aos primeiros 200 processos em que se enfrentou especificamente a questão da responsabilidade subsidiária da administração pública sob o enfoque da ADC 16 e da Súmula 331, V, do TST, foi necessário analisar os 221 primeiros processos resultantes da lista, tendo que vista que 21 tiveram de ser desconsiderados, seja porque não envolviam entidades da administração pública (Processos 0020276-42.2015.5.04.0761, 0021248-98.2015.5.04.0021, 0020320-36.2014.5.04.0231, 0021127-67.2014.5.04.0001, 0020585-79.2015.5.04.0012, 0020007-32.2016.5.04.0352, 0020560-91.2015.5.04.0812, 0021027-05.2016.5.04.0014, 0010124-33.2015.5.04.0211, 0000999-54.2013.5.04.0003, e 0020728-62.2015.5.04.0014), seja porque as matérias neles versadas não tratavam propriamente da análise da responsabilidade subsidiária da Administração sob o enfoque da culpa *in vigilando* (Processos 0020382-68.2016.5.04.0405, 0020309-33.2014.5.04.0384, 0021272-55.2015.5.04.0271, 0020847-53.2015.5.04.0004, 0020426-27.2015.5.04.0016, 0020103-98.2015.5.04.0023, 0021105-33.2015.5.04.0014, 0000493-22.2014.5.04.0851, 0000825-05.2013.5.04.0663, 0020526-55.2015.5.04.0121).

⁵⁹ Os únicos três casos em que se verificou a exclusão da responsabilidade subsidiária dos entes públicos não diziam respeito à questão relativa à fiscalização do contrato no que se refere ao cumprimento das obrigações trabalhistas, razão pela qual foram descartados na pesquisa. Com efeito, no processo n.º 0020382-68.2016.5.04.0405 (RO), 10ª Turma, Rel. Des. Ana Rosa Pereira Zago Sagrilo, julgado em 10.04.2017, a responsabilidade subsidiária restou afastada porque todas as parcelas da condenação referiam-se a período posterior ao marco final estabelecido na sentença para essa responsabilidade subsidiária; No Processo n.º 0020309-33.2014.5.04.0384 (RO), 7ª Turma, Rel. Des. Wilson Carvalho Dias, julgado em 07.04.2017, afastou-se a responsabilidade subsidiária, ao entendimento de que, inexistindo anuência do ente público com o acordo celebrado entre o reclamante e a prestadora de serviços, “com a consequente extinção do processo com resolução de mérito, descabe o reconhecimento posterior, por meio de sentença, de sua responsabilidade subsidiária, sob pena de ofensa à coisa julgada”. Por fim, no Processo n.º 0021272-55.2015.5.04.0271 (RO), 1ª Turma, Rel. Des.^a Lais Helena Jaeger Nicotti, julgado em 06.04.2017, a responsabilidade restou excluída por se tratar de ente público dono da obra, atraindo a incidência da OJ n.º 191 da SDI-1 do TST: “*CONTRATO DE EMPREITADA. DONO DA OBRA DE CONSTRUÇÃO CIVIL. RESPONSABILIDADE. Diante da inexistência de previsão legal específica, o contrato de empreitada de construção civil entre o dono da obra e o empreiteiro não enseja responsabilidade solidária ou subsidiária nas obrigações trabalhistas contraídas pelo empreiteiro, salvo sendo o dono da obra uma empresa construtora ou incorporadora.*”

Em 100% dos primeiros 200 casos concretos pesquisados, portanto, o Tribunal entendeu que houve negligência da Administração quanto ao dever de fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas pelas prestadoras de serviços, e reconheceu, por conseguinte, a responsabilidade subsidiária com base na culpa *in vigilando*.

A partir desse resultado alarmante, ampliando a consulta para o total de processos encontrados pela pesquisa (1340), agora sem analisar individualmente cada um deles (como se fez em relação aos primeiros 200), conseguimos localizar⁶⁰ apenas oito casos em que a responsabilidade subsidiária da Administração restou excluída em razão do reconhecimento de não ter ficado demonstrada a culpa *in vigilando*, em razão do cumprimento do dever de fiscalização, a saber:

EMENTA

RESPONSABILIZAÇÃO SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO.

Inviabilidade da condenação subsidiária do ente público por não demonstrada conduta culposa na fiscalização do cumprimento da integralidade do contrato estabelecido com empresa prestadora dos serviços. Aplicação da Súmula Nº 331, V, do TST.

[...]

A União juntou o contrato de prestação de serviços, ofício com informações sobre a prestação de serviços do autor (id a953f3a), além de ter sido reconhecido no primeiro grau que houve o recolhimento integral do FGTS do contrato de trabalho, e a única parcela deferida na sentença foi a de intervalos intrajornada nos dias em que não anotados os intervalos de quinze minutos nos registros de ponto, o que não indica ausência de fiscalização por parte do **ente público**.

Não foram comprovados os alegados descontos efetuados do salário do autor, exigência de trabalho extraordinário sem anotação, modificação constante nos horários de trabalho, ausência de pagamento de verbas decorrentes do contrato de trabalho, tais como vale-transporte, e tampouco perseguição e violação dos direitos de personalidade do autor.

A União contratou a primeira ré mediante procedimento licitatório, na forma da Lei Nº 8.666/93, e fiscalizou a contento o contrato de prestação, no que pertine aos direitos dos empregados da primeira ré, não caracterizada culpa *in vigilando* ou *in eligendo* no cumprimento do dever de fiscalização dos termos do contrato administrativo ajustado com a primeira ré, o que impõe a alteração da sentença.

Assim, dou provimento ao recurso da segunda ré, União, para excluir a responsabilização **subsidiária** reconhecida e julgar a ação improcedente em relação ao **ente público**. Prejudicado o recurso quanto aos descontos fiscais e previdenciários. (Processo n.º 0021423-86.2014.5.04.0002, RO, rel. Des.ª Vania Maria Cunha Mattos, julg. em 18.11.2016⁶¹)

⁶⁰ Mediante uma busca mais refinada, para a qual, no campo “**Quaisquer** palavras”, foram incluídas diversas expressões, na tentativa de localizar decisões favoráveis à Administração, tais como “para afastar a responsabilidade subsidiária”, “para excluir a responsabilidade subsidiária”, “para afastar a responsabilização”, “conduta culposa não caracterizada”, “conduta culposa não evidenciada”, “não demonstrada conduta culposa”, “conduta culposa não configurada”, dentre outras.

⁶¹ Neste caso, o acórdão foi favorável à União. Apesar disso, a decisão não foi unânime, tendo o voto vencido, de lavra da Des.ª Rejane Souza Pedra, assim concluído: “No caso dos autos, também não há prova de que o **Ente Público** tenha realizado a efetiva fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora, ônus que lhe competia. De fato, a segunda ré se restringiu a juntar aos autos a documentação alusiva ao próprio contrato de trabalho mantido entre o autor e a primeira reclamada, nada sendo demonstrado quanto à fiscalização quanto à efetiva observância da legislação trabalhista por esta última.

EMENTA

ENTE PÚBLICO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. AUSÊNCIA DE CONDUTA CULPOSA. Caso em que a trabalhadora obteve alta do benefício previdenciário, porém foi considerada inapta para o trabalho no exame médico de retorno realizado pelo empregador, não recebendo rendimento previdenciário ou salarial no período. Impossibilidade de se atribuir **responsabilidade subsidiária** ao ente público pelas parcelas da condenação, relativas tão somente aos salários do período em que a empregada esteve no limbo trabalhista-previdenciário, e indenização por dano moral dele decorrente, porquanto **não demonstrada conduta culposa** do tomador de serviços, não cabendo interferência no poder diretivo do empregador.

[...]

No caso, todavia, entendo ausente culpa do segundo reclamado pelo não pagamento dos salários à reclamante, no período de 01.10.2012 a 01.12.2013. A fiscalização do contrato de prestação de serviços por parte do ente público foi efetiva, enquanto ocorreu a prestação de trabalho em seu favor, tanto que juntou aos autos o contrato de trabalho da reclamante (Id 2929202), bem como a ficha de registro da empregada (Id 2929219), os recibos salariais (Id 2929309) e os cartões ponto do período em que a empregada lhe prestou serviços (Id 2929665).

O ente público sequer poderia exigir do prestador de serviços o retorno da autora ao trabalho, já que o exame médico de retorno, realizado em clínica conveniada com o empregador, informava que a reclamante estava inapta para o trabalho. De fato, o tomador de serviços tem o poder-dever de fiscalizar a execução do contrato de prestação de serviços, porém não lhe cabe interferir no poder diretivo do empregador. Não houve conduta culposa da **Administração Pública**, pois demonstrou ter fiscalizado o cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviços enquanto a reclamante lhe prestou serviços, antes de fruir benefício previdenciário.

(Processo nº 0020015-88.2014.5.04.0025, RO, 7ª Turma, Rel. Des.^a Carmen Izabel Centena Gonzalez, julgado em 15.07.2016)

EMENTA

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO TOMADOR DE SERVIÇOS. ENTE PÚBLICO. FISCALIZAÇÃO DO CONTRATO COMPROVADA. Não se caracteriza a culpa *in eligendo* ou *in vigilando* quando o ente público tomador dos serviços demonstra mediante prova documental o correto acompanhamento do contrato de prestação de serviços, verificando o adimplemento das obrigações trabalhistas.

[...]

No presente caso, contudo, observo que a segunda reclamada apresentou farta documentação relativa ao contrato de prestação de serviços mantido com a primeira reclamada. Constatam nos autos controles de pagamento dos trabalhadores terceirizados (ID 76cc9b0), declaração de recolhimentos para o MTe (ID 76e1792), controle de recolhimentos previdenciários (ID 76e1792), controle de frequência e fiscalização (ID 0660b22), recolhimentos do FGTS (ID d8f513a), recolhimentos do INSS (ID be63a26), controle de lotação e salários (ID 0660b22). É digno de nota que, para uma relação de apenas 90 dias, a tomadora tenha mantido tal quantidade de dados.

Observo, mais, que para comprovação de sua regularidade, a primeira reclamada apresentou à primeira certidões positivas de débitos trabalhistas com efeito de negativa, como se observa, por exemplo, da certidão emitida em outubro de 2013 (id. cff02dc - Pág. 2), o que atesta a existência de dívidas com exigibilidade suspensa. Ressalto que a mesma situação foi verificada posteriormente (v.g., janeiro de 2014, id. cff02dc - Pág. 12), sem que a tomadora de serviços buscasse se acautelar quanto à efetiva fiscalização em relação ao cumprimento dos deveres da prestadora na condição de empregadora. Assim, não resulta comprovada a fiscalização eficaz por parte da tomadora do serviço do cumprimento das obrigações trabalhistas pela prestadora, em razão do que é reconhecida a sua culpa *in vigilando*.

Os dados apresentados pela segunda reclamada convergem com os dados do contrato de trabalho trazidos pela primeira ré, como o contrato de experiência do reclamante, inclusive sua prorrogação (ID 68d7016), as anotações em CTPS, atestado de saúde admissional, abertura de conta corrente para recebimento do salário, opção quanto ao vale-transporte, fornecimento de uniforme e EPI (ID 588c3c4), recibos de salário (ID 585eeeb), registros de horário (ID 39166b9), além de advertências por faltas e atrasos (ID 97a7ac9) e o aviso de que o contrato de experiência não seria renovado (ID 97a7ac9).

Verifica-se, portanto, que a tomadora não incorreu em culpa na escolha da empresa prestadora de serviços ou na sua fiscalização. Os documentos analisados mostram que a Universidade acompanhou a regularidade de todos os aspectos relacionados ao contrato de trabalho, não se mostrando exigíveis outras medidas. Dessa forma, deve ser afastada a **responsabilidade subsidiária** reconhecida na origem.

(Processo n.º 0020220-13.2015.5.04.0016, RO, 9ª Turma, Rel. Des. Jose Cesario Figueiredo Teixeira, julgado em 19.04.2016)

EMENTA

ENTE PÚBLICO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. Não evidenciada falha na fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas decorrentes do contrato de trabalho mantido entre o prestador de serviços e a reclamante é de se afastar **responsabilidade subsidiária** da União pelos valores devidos na presente ação. Recurso do ente público reclamado provido, no aspecto.

[...]

No caso concreto, a prova produzida pelo ente público demonstra que houve efetiva fiscalização do contrato de prestação de serviços, inclusive quanto ao cumprimento de obrigações trabalhistas pela prestadora de serviços frente ao reclamante.

Com efeito, o ente público acostou o contrato de prestação de serviços firmado em 07/10/2011 e aditamentos mantidos com a primeira ré (Id dd98b33), cópia do seguro garantia que já previa eventual cobertura de prejuízos causados pelo prestador de serviços (segurado) em razão do inadimplemento contratual, inclusive trabalhista e previdenciária (Id 7b3bbcd - Pág. 1); designação de diversos servidores para atuarem como fiscal dos contratos administrativos no âmbito da Procuradoria do Trabalho (Ids b46be28). Há correspondências eletrônicas tratando da apresentação de comprovação de pagamento das guias de FGTS e INSS e de outros comprovantes (Id c605ed1 - Pág. 1). A União também acostou contracheques do autor (Ids 3c8e6aa), recibos de ticket alimentação (Id 3c8e6aa - Pág. 15, e20dd80 - Pág. 33, por exemplo); de vale-transporte (Id e20dd80 - Pág. 7, por exemplo); e controles de jornada da contratualidade (Id 3e3f7e0). Existe demonstrativo de recolhimento de pagamento ao FGTS e contribuição previdenciária (Id fd8699d e 3ba9d01) e também prova de parcelamento de dívida previdenciária junto à Receita Federal pela primeira ré (Id d424472). Por fim, foram acostados documentos que demonstram o pagamento direto, pela União, de verbas rescisórias de empregados da primeira ré que lhe prestavam serviços de forma terceirizada (Id e6e784a), inclusive o reclamante (Id e6e784a - Pág. 19). Consta, ainda, audiência realizada no âmbito da Procuradoria Regional do Trabalho, informando a incorreção em alguns dos Termos de Rescisão dos Contratos de Trabalho efetivados pela primeira ré, a qual se comprometeu a retificá-los (Id d4c7644 - Pág. 30).

Fiscalizar o contrato não se confunde com impedir inadimplência do prestador dos serviços. Tanto assim, foi editado o item V da Súmula 331 do TST: "*V - Os entes integrantes da **Administração Pública** direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada." (grifei).*

No caso, à vista da farta prova documental apresentada pela União, apesar de não ter sido possível impedir inadimplência de algumas obrigações contratuais da prestadora de serviços, o ente público fiscalizou o contrato e exigiu o cumprimento de todas as obrigações trabalhistas e previdenciárias devidas aos empregados terceirizados,

inclusive fiscalizando as rescisões contratuais e efetuando o pagamento direto aos trabalhadores, no limite do crédito ainda havido em favor da empregadora. Desta forma, não diviso culpa *in eligendo* ou *in vigilando* do tomador de serviços a autorizar sua responsabilização subsidiária pelos créditos reconhecidos na presente ação.

Dou provimento ao recurso, para absolver a União da **responsabilidade subsidiária** que lhe foi atribuída. Considero prejudicados os demais itens recursais.

(Processo n.º 0020462-12.2014.5.04.0305, RO, 1ª Turma, Rel. Des.ª Iris Lima De Moraes, julgado em 14.07.2016)⁶²

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO DA UNIÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. A contratação de empresa prestadora de serviços, por intermédio de regular procedimento licitatório, com a efetiva comprovação do cumprimento do dever de fiscalização, elidem a **responsabilidade subsidiária da Administração Pública** pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas dos trabalhadores terceirizados, na inteligência do item V da Súmula 331 do TST. Recurso provido.

[...]

No caso em tela, o contrato administrativo de prestação de serviços de vigilância foi firmado pela União com a prestadora de serviços de 01/11/2008 a 29/04/2009 e de 30/04/2009 até 24/04/2011, prorrogada até às 12h de 16/12/2013 (CD da fl. 77).

Consoante documento anexado na mídia digital, houve designação do servidor Sérgio Barros Bolivar para exercer as funções de fiscal do contrato celebrado entre as reclamadas. Além disso, os documentos anexados com a defesa dão conta de que a segunda reclamada fiscalizava, mês a mês, o cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da prestadora de serviços.

Cumpre esclarecer, a propósito, que o contrato de prestação de serviços entre as rés teve vigência até 16/12/2013. Como demonstra a ação consignatória acostada, a União, assim que constatou, por meio da sua atividade fiscalizatória, que a primeira reclamada não teria realizado os pagamentos devidos aos seus empregados no mês de dezembro/2013, nem das parcelas rescisórias ou obrigações tributárias decorrentes da contratação, efetuou, diretamente aos trabalhadores, o pagamento dos valores das verbas rescisórias e salários devidos, inclusive 13º salários. De outra sorte, ajuizou ação de consignação em pagamento, efetuando o depósito de valores retidos em favor dos trabalhadores e da empresa.

Ressalte-se, ainda, que a inicial não acusa inadimplência de verbas durante o contrato de trabalho, como atraso no pagamento de salários ou ausência de depósitos do FGTS, na medida em que a pretensão central diz respeito ao pagamento a menor das verbas rescisórias, além da existência de diferenças a título de horas extras e outras questões que não se mostram suficientes para afastar o exercício de fiscalização por parte da União.

Destaca-se, também, que, conforme depoimento pessoal, a reclamante continua prestando serviços na Subseção Judiciária de Livramento da Justiça Federal, por intermédio da empresa Lince Segurança Patrimonial Ltda.

(Processo n.º 0000748-77.2014.5.04.0851, RO, 8ª Turma, Des. Juraci Galvão Júnior, julgado em 07.07.2016)

Responsabilidade subsidiária. Ente público. Art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993. Súmula 331, IV, do TST. Efetiva fiscalização. Culpa *in vigilando*. Não ocorrência. A **responsabilidade subsidiária da Administração Pública** pelas dívidas trabalhistas do prestador de serviços terceirizados somente pode ser admitida quando constatada a culpa *in vigilando*, afastando-se-a quando comprovado que o ente

⁶² Veja-se que, nesse caso, o reclamante prestou serviços em sede da Procuradoria do Trabalho onde, conforme reconhecido, realiza-se uma fiscalização extremamente diligente quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas pela prestadora.

público fiscalizava o cumprimento das obrigações do prestador de serviços no âmbito das relações de trabalho.

[...]

No caso dos autos, o segundo reclamado apresentou, por exemplo, a ficha financeira com os valores devidos pela prestadora à trabalhadora, juntamente com os comprovantes de pagamento de salário, com carimbo do tomador após conferência, demonstrando que, mês a mês, houve fiscalização sobre o adimplemento das verbas trabalhistas (fls. 31-53). Assim, entendo que a responsabilidade subsidiária deve ser afastada, conforme exegese do art. 71, § 2º, da Lei 8.666/1993 dada pela Súmula 331, IV, do Tribunal Superior do Trabalho.

(Processo n.º 0020808-05.2015.5.04.0021, RO, 9ª Turma, Rel. Des. Manuel Cid Jardon, julgado em 27.01.2017)

Responsabilidade subsidiária. Ente público. Art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993. Súmula 331, IV, do TST. Efetiva fiscalização. Culpa *in vigilando*. Não ocorrência. A **responsabilidade subsidiária da Administração Pública** pelas dívidas trabalhistas do prestador de serviços terceirizados somente pode ser admitida quando constatada a culpa *in vigilando*, afastando-se-a quando comprovado que o ente público fiscalizava o cumprimento das obrigações do prestador de serviços no âmbito das relações de trabalho. Sentença mantida.

[...]

A segunda reclamada apresentou, juntamente com os extratos de FGTS e do INSS, os demonstrativos salariais da reclamante com os respectivos comprovantes de pagamento (fls. 348-455), demonstrando que, mês a mês, houve fiscalização sobre o adimplemento das verbas trabalhistas.

(Processo n.º 0021868-95.2015.5.04.0511, RO, 9ª Turma, Rel. Des. Manuel Cid Jardon, julgado em 27.01.2017)

Responsabilidade subsidiária. Ente público. Art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993. Súmula 331, IV, do TST. Efetiva fiscalização. Culpa *in vigilando*. Não ocorrência. A **responsabilidade subsidiária da Administração Pública** pelas dívidas trabalhistas do prestador de serviços terceirizados somente pode ser admitida quando constatada a culpa *in vigilando*, afastando-se-a quando comprovado que o ente público fiscalizava o cumprimento das obrigações do prestador de serviços no âmbito das relações de trabalho.

[...]

No caso dos autos, a segunda reclamada apresentou, juntamente com os recibos salariais e cartões de ponto do obreiro, diversos documentos, tais como aplicação de sanções contratuais à primeira ré desde o ano de 2013 (fls. 141-160), decorrentes - inclusive - de atrasos no pagamento de salários e benefícios aos vigilantes, conforme comunicação de março de 2014. Também consta aplicação de sanções administrativas em 25-06-2014 (fl. 111), bem como comunicação de rescisão unilateral de contrato em 06-06-2014 (fl. 168-177), havida em face do desrespeito sistemático da primeira reclamada aos direitos trabalhistas. Consta, ainda, autorização de pagamento direto aos empregados da empresa Montecastelo Serviços de Vigilância Ltda. - EPP (fls. 184-210), certidões negativas de débitos federais e trabalhistas da primeira reclamada datadas em 2014 (fls. 451-455), além das guias de pagamento do FGTS e do INSS da prestadora dos serviços, juntamente com a relação dos respectivos empregados. A documentação comprova que havia a fiscalização constante dos direitos dos terceirizados pelo ente público, inclusive com a aplicação de sanções à primeira ré em face do descumprimento de suas obrigações, e o pagamento direto àqueles empregados por parte da União.

Assim, entendo que a **responsabilidade subsidiária** deve ser afastada, conforme exegese do art. 71, § 2º, da Lei 8.666/1993 dada pela Súmula 331, IV do Tribunal Superior do Trabalho.

(Processo n.º 0020054-27.2014.5.04.0303, RO, 7ª Turma, Rel. Des. Manuel Cid Jardon, julgado em 20.04.2016)

Foram localizados, ainda, outros oito processos com decisões favoráveis às entidades públicas, contudo, por fundamentos diversos⁶³, razão pela qual não foram considerados.

É possível que alguns casos com decisões favoráveis à Administração, reconhecendo a efetiva fiscalização e excluindo a responsabilidade subsidiária, não tenham sido filtrados pelo refinamento da pesquisa.

Não obstante, levando-se em consideração que, dos 200 primeiros casos, não se verificou nenhuma decisão favorável, é possível, a partir desses oito casos encontrados, chegar-se a um percentual aproximado dos processos sobre o tema julgados pelo TRT4 a favor da Administração Pública.

Para tanto, subtraímos dos 1340 processos uma margem estimada de 10% (com base nos 21 que haviam sido descartados quando da análise dos primeiros 200), por não envolverem entes públicos ou por não se relacionarem especificamente sobre o tema, resultando em uma estimativa de 1206 processos em que se discutiu a responsabilidade subsidiária à luz do entendimento do STF na ADC 16 e da Súmula 331, V, do TST.

⁶³ No Processo nº 0021124-64.2014.5.04.0017, RO, 2ª Turma, rel. Des.ª Tânia Regina Silva Reckziegel, julg. em 07.04.2017, o afastamento da reponsabilidade se deu pelo fato de o ente público ser o dono da obra em contrato de empreitada, o que atrai a aplicação da OJ 191 da SDI-1 do TST; Processo nº 0020480-93.2015.5.04.0791, RO, 9ª Turma, Rel. Des. Fabiano Holz Beserra, julgado em 22.03.2017; A turma conclui, por maioria, que: “Carece de amparo legal a pretensão de responsabilização do ente municipal que, com o objetivo precípua de garantir a continuidade da prestação de serviços de saúde, requisita bens e serviços de hospital particular”; Processos nº 0020307-63.2014.5.04.0384, RO, 11ª Turma, Rel. Des. Ricardo Hofmeister De Almeida Martins Costa, julgado em 20.03.2017, 0000818-07.2014.5.04.0104, RO, 11ª Turma, Rel. Des. Herbert Paulo Beck, julgado em 27.10.2016, 0001175-22.2013.5.04.0233, RO, 11ª Turma, Rel. Des. Herbert Paulo Beck, julgado em 14.07.2016, e 0000111-45.2015.5.04.0802 (RO, 11ª Turma, Rel. Des. Herbert Paulo Beck, julgado em 05.05.2016, nos quais se entendeu que o Ente Público não poderia responder pelos termos de acordo judicial celebrado entre o empregado e a prestadora de serviços, e descumprido por esta; Processo nº 0020135-15.2015.5.04.0020, RO, 4ª Turma, Rel. George Achutti, julgado em 13.05.2016. Apesar do teor da ementa, dando a entender que a responsabilidade teria sido afastada pela ausência de conduta culposa na fiscalização, na verdade, o que determinou a exclusão da responsabilidade subsidiária do ente público no caso foi o fato de não haver “qualquer prova nos autos capaz de comprovar que a prestação dos serviços tenha sido realizada em benefício do Município de Porto Alegre”; Processo nº 0020029-91.2013.5.04.0030, RO, 9ª Turma, Rel. Des. Manuel Cid Jardon, julgado em 25.10.2016. Neste caso, embora tenha havido fundamentação na decisão para afastar a responsabilidade subsidiária com base na ausência de falha na fiscalização, na verdade, o recurso do ente público deveria ter sido julgado prejudicado, considerando que o próprio objeto da condenação (danos morais e pensão vitalícia) restou afastado pelo Tribunal. Sem condenação, não há que se cogitar de responsabilidade subsidiária.

Desses 1206, apenas em oito casos o TRT4 reconheceu a efetiva fiscalização e afastou a responsabilidade subsidiária da Administração. Nos demais 1198 casos, o Tribunal entendeu pela configuração da culpa *in vigilando* e, por conseguinte, pela condenação subsidiária.

Significa dizer que, em apenas 0,7% dos casos, o Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região entendeu que a Administração cumpriu seu dever de fiscalização.

Nos 99,3% restantes, a conclusão foi de que a Administração Pública foi negligente, deixando de cumprir o seu dever de fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas pelas empresas contratadas.

Por amostragem, seguem alguns excertos de votos que serviram como fundamento para justificar a existência de *culpa in vigilando* nos respectivos casos concretos:

[...]

Importante ressaltar, contudo, que, embora a segunda reclamada tenha alegado na defesa que procedeu à fiscalização cabível, não há nos autos, salvo melhor juízo, provas capazes de afastar a culpa *in vigilando*.

Com efeito, em que pese ter juntado cópias de recibos de pagamento, de relações dos empregados constantes no arquivo SEFIP, de guias da previdência social e de tabela de efetividade dos empregados, tenho que não é suficiente para afastar a sua responsabilização de forma **subsidiária**, haja vista que não abrangem a totalidade do período contratual. Destaco, no aspecto, que a simples declaração da primeira ré, no sentido do correto recolhimento do FGTS e do INSS dos seus empregados, não se presta à comprovação da sua efetivação.

Assim, entendo que a Administração Pública não demonstrou ter sido diligente quanto à obrigação de fiscalizar a execução do contrato de trabalho do autor enquanto empregado da prestadora contratada, primeira reclamada, cumprindo salientar que, por se tratar de fato impeditivo do direito do reclamante, era dela o ônus da prova acerca da fiscalização do referido contrato, assim como do devido cumprimento das obrigações trabalhistas, encargo do qual não se desincumbiu.

(Processo nº 0021196-36.2014.5.04.0022, RO, 1ª Turma, rel. Des.ª Rosane Serafini Casanova, julgado em 09.12.2016)

[...] não há prova de que tenha havido uma efetiva fiscalização. Aliás, o não pagamento das parcelas decorrentes da extinção do contrato de trabalho pressupõe justamente o oposto: a fiscalização efetiva, se existente, foi ineficaz.

(Processo 0020265-13.2016.5.04.0103, RO, 2ª Turma, rel. Des. Carlos Henrique Selbach, julgado em 23.09.2016)

Ora, fiscalização efetiva é aquela que previne e evita, com eficácia, a lesão aos direitos sociais do terceirizado, mas assim não procedeu o ente público tomador de serviços. Adequada, pois, a jurisprudência consolidada do TST à interpretação do STF que, embora reconhecendo a validade do art. 71 da Lei 8.666/93, não excluiu a possibilidade de responsabilização da Administração Pública quando esta, com culpa, provocar ou permitir o inadimplemento de obrigações trabalhistas pela prestadora, como no caso.

A responsabilização subsidiária do ente público, assim, decorre tanto da sua culpa in eligendo (pela contratação de prestador de serviços visivelmente inidôneo) quanto

de sua culpa in vigilando, evidenciada pela incúria na fiscalização da empresa contratada quanto ao cumprimento de direitos básicos do trabalhador lesado.
(Processo n.º 0021702-91.2014.5.04.0028, RO, 2ª Turma, rel. Des. Marcelo José Ferlin Dambroso, julgado em 07.04.2017)

A **responsabilidade subsidiária** está vinculada a eventual comprovação de falta de idoneidade financeira do real empregador, caso em que o tomador de serviços é chamado a responder pelos débitos trabalhistas, já que foi o beneficiário do trabalho executado pela reclamante. Recorde-se que na hipótese dos autos a empresa prestadora de serviços não compareceu é revel e confessa quanto à matéria de fato (fls. 62 e 1201), circunstância que apenas reforça a culpa "in vigilando" da Administração Pública.

Entende-se que as relações entre as reclamadas não podem acarretar prejuízos ao trabalhador. A existência de processo licitatório antes da celebração do contrato não leva à descaracterização da **responsabilidade**. O só cumprimento dos rituais legais na contratação não atesta ter sido diligente o tomador de serviços, ao longo do contrato, a ponto de não ser responsabilizado.

(Processo n.º 0020417-67.2016.5.04.0101, RO, 3ª Turma, rel. Des. Ricardo Carvalho Fraga, julg. em 29.11.2016)

O contratante do serviço terceirizado não pode se eximir da **responsabilidade** em face de seu comportamento omissivo, displicente ou irregular, ao não fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas do contratado. Reconhecer que a Administração Pública não seja corresponsável pelo fiel cumprimento das obrigações do contratado é atentar ao princípio da moralidade, na medida em que sua ação omissiva causa prejuízos a um terceiro que lhe presta serviços; seria, ainda, olvidar o princípio da proteção do trabalhador em detrimento da interpretação literal da lei.

Há **responsabilidade** da Administração Pública a partir do momento em que não controlou o cumprimento das obrigações devidas pelo contratado com relação ao trabalhador que lhe prestou serviços.

(Processo n.º 0020344-92.2016.5.04.0102, RO, 4ª Turma, rel. Des.ª Ana Luiza Heineck Kruze, julg. em 24.03.2017)

Se houve inadimplemento, como no caso dos autos, a presunção é de falha na fiscalização, e o contrário deveria ser provado pelo **ente público**, hipótese não evidenciada nos autos. De se ter em mente, ainda, o contido no art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988.

(Processo n.º 0020716-72.2015.5.04.0103, RO, 5ª Turma, rel. Des.ª Berenice Messias Correa, julg. em 07.11.2016)

[...] tendo sido celebrados contratos com empresa que inadimpliu obrigações trabalhistas não se pode deixar de reconhecer que ao tomador do serviço cabe uma parcela de **responsabilidade**. A inidoneidade administrativa e financeira da prestadora resta comprovada pelo comportamento processual (revelia) e inadimplemento das obrigações trabalhistas.

(Processo n.º 0021132-23.2014.5.04.0023, RO, 5ª Turma, rel. Des.ª Berenice Messias Correa, julg. em 25.10.2016)

No particular, destaco que os documentos trazidos pela segunda ré (Id d546d6f e seguintes) são insuficientes a demonstrar a efetiva fiscalização quanto ao adimplemento das obrigações pela primeira demandada, não tendo a tomadora de serviços se cercado dos meios necessários a fim de se assegurar que a primeira ré teria capacidade financeira para adimplir mensalmente suas obrigações trabalhistas, situações que, por si só, ensejam a **responsabilidade** da recorrente pela culpa *in vigilando*.

(Processo n.º 0020958-80.2014.5.04.0001, RO, 6ª Turma, rel. Des. Fernando Luiz De Moura Cassal, julg. em 12.08.2016)

No caso, ainda que os documentos de fls. 687 e seguintes demonstrem o acompanhamento do **ente público** quanto ao cumprimento das cláusulas contratuais

pelas empresas prestadoras de serviços, não conseguem afastar a conclusão de que o **ente público** falhou no dever de efetiva fiscalização na execução do contrato, o que se revela pelo não pagamento de diversas parcelas trabalhistas devidas ao empregado no curso do contrato de trabalho, reconhecidas nesta ação, tais como horas extras, adicional noturno, recolhimento do FGTS, além das parcelas rescisórias devida por ocasião da extinção contratual com a empresa Proservi.

(Processo n.º 0000599-60.2014.5.04.0664, RO, 7ª Turma, rel. Des.ª Carmen Gonzalez, julg. em 19.05.2016)

A ausência de fiscalização (ou pelo menos o fato desta ter ocorrido de forma precária e insuficiente) por parte do **ente público** no acompanhamento do contrato de prestação de serviços mantido com a primeira reclamada restou demonstrada, tanto que reconhecido ter a primeira ré efetuado o incorreto pagamento do aviso prévio e demais verbas rescisórias, haja vista não ter considerado o piso normativo vigente no momento da rescisão, o que caracteriza não só a culpa *in vigilando* como a *in eligendo*, atraindo o previsto nos arts. 186 e 927, caput, do Código Civil, pois inegável o cometimento de ato ilícito que deve ser reparado pelos responsáveis legais, no que se inclui a recorrente, conforme previsto no art. 942 do mesmo diploma, que trata do dever legal de reparação do dano.

(Processo n.º 0000360-56.2015.5.04.0103, RO, 7ª Turma, rel. Des. Emílio Papaléo Zin, julg. em 02.06.2016)

Diante do princípio da aptidão para a prova, tem-se que o ônus de comprovar a efetiva fiscalização do contrato entre a prestadora e a empregada cabe à tomadora dos serviços. Não se desincumbindo de seu ônus, verifica-se a existência de culpa *in vigilando*, devendo ser declarada a **responsabilidade subsidiária** do **Ente Público** pelas verbas devidas ao reclamante em decorrência da presente ação.

(Processo n.º 0020058-56.2013.5.04.0123, RO, 8ª Turma, rel. Des. Francisco Rossal De Araujo, julg. em 08.09.2016)

No caso dos autos, o segundo reclamado reconhece, na defesa, que firmou contrato de prestação de serviço com a primeira reclamada, beneficiando-se, portanto, da força de trabalho do reclamante. Entretanto, não produz qualquer prova a respeito do cumprimento de suas obrigações legais, se configurando, portanto, a existência de culpa *in eligendo* e *in vigilando*. Ainda que se admita eventual fiscalização por parte do segundo reclamado, essa certamente foi ineficaz, na medida em que foram descumpridos os direitos trabalhistas do reclamante.

(Processo n.º 0020427-82.2015.5.04.0801, RO, 10ª Turma, rel. Des. Cleusa Regina Halfen, julg. em 16.12.2016)

Na espécie, a prestação de serviços não foi questionada pelo **ente público** tomador, que também não apresentou provas aptas a comprovar uma fiscalização eficiente do contrato de trabalho, ônus que lhe incumbia. Com efeito, tivesse a segunda reclamada cumprido seu dever de fiscalização, teria verificado o descumprimento das obrigações da primeira ré em relação aos seus empregados durante o período laboral e ao seu final, que geraram a condenação ao pagamento de parcelas como adicional de periculosidade, horas extras decorrentes do intervalo intrajornada não fruído, vale alimentação, vale-transporte, bem assim de verbas rescisórias (13º salário proporcional, aviso-prévio, férias vencidas e proporcionais com 1/3), o que, contudo, não foi averiguado/fiscalizado pela tomadora.

(Processo n.º 0020444-03.2014.5.04.0301, RO, 11ª Turma, rel. Des.ª Maria Helena Lisot, julg. em 20.06.2016)⁶⁴

⁶⁴ Neste caso, embora essa informação não conste do acórdão, na sentença de primeiro grau, que reconhecia a efetiva fiscalização e afastava a responsabilidade subsidiária da União, verificou-se que o reclamante exerceu funções de vigilante nas dependências do Ministério Público do Trabalho, Procuradoria do Trabalho em Novo Hamburgo.

Curiosamente, em alguns casos, o Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, no exercício de suas funções jurisdicionais (típicas), reconheceu a omissão culposa do próprio Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, no exercício de funções administrativas (atípicas), e condenou subsidiariamente a União ao pagamento de verbas trabalhistas inadimplidas pelas contratadas em relação a trabalhadores terceirizados que prestaram serviços nas dependências da Corte.

De fato, em pelo menos três casos, observou-se que os reclamantes prestaram serviços nas dependências do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Nos três casos, o Tribunal concluiu pela configuração de culpa *in vigilando* e, por conseguinte, pela responsabilização subsidiária da União:

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO TOMADOR DO SERVIÇO. ENTE PÚBLICO. Não havendo comprovação da efetiva fiscalização pelo ente público, tomador do serviço, quanto ao cumprimento do contrato de prestação de serviços, em especial no que concerne às normas trabalhistas, pela prestadora de serviços, tem-se por configurada a culpa *in vigilando*, devendo o tomador responder subsidiariamente pelas verbas trabalhistas inadimplidas pela empregadora.

[...]

No caso, é incontroverso que o autor foi contratado pela primeira reclamada Clinsul Mão de Obra e Representação Ltda. em 14.05.2013 para exercer a função de carregador **nas dependências do Tribunal Regional do Trabalho** da 4ª Região, em Porto Alegre, tendo sido despedido sem justa causa em 21.02.2014. Incontroversa, ainda, a relação de prestação de serviços entre as reclamadas, pois afirmado pela União que manteve contrato com a Clinsul de 14.05.2013 até 20.02.2014, para prestação do serviço mencionado.

[...]

Ainda que a tomadora tenha providenciado em trazer aos autos farta documentação relativa aos encargos trabalhistas da primeira reclamada, como contracheques do autor, folhas ponto, recibos de vale-transporte e de vale alimentação (Id b82189c), assim como guias de recolhimentos da previdência social e do FGTS (Id 38cc5f7) e normas coletivas (Ids d5b7395 e d131eb4), não há prova de que ela tenha atuado de forma diligente na fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas da primeira reclamada, especialmente em relação ao contrato de trabalho do autor, pois outras tantas obrigações oriundas do pacto laboral deixaram de ser cumpridas pela Clinsul, conforme se verifica da sentença recorrida. De acordo com o princípio da maior aptidão para a prova do empregador/tomador de serviços e, levando em consideração que é inviável ao trabalhador constituir prova de inexistência de fato, tal ônus lhe incumbia. A tomadora, no entanto, não se desonerou de tal encargo, na medida em que não traz documentos a comprovar a fiscalização de forma satisfatória. (Processo n.º 0020625-37.2015.5.04.0020 (RO), 3ª Turma, rel. Des.ª Maria Madalena Tedesca, julg. em 01.02.2017)

É incontroverso, na medida em que a própria União reconhece na defesa (id 5c7bbcd - Pág. 2), que a recorrente manteve contrato com a primeira reclamada para prestação de serviços de limpeza e conservação, tendo a trabalhadora exercido suas funções **nas dependências do Tribunal Regional do Trabalho** da 4ª Região. A parte anexa aos autos os contrato de prestação de serviços firmado entre as reclamadas (id be06a43, id 0d88b6e, id ebbb655, id 372335c e seguintes), assim como alguns documentos típicos do contrato de emprego (cartões ponto e recibos de salário), id c52a4f9, id

b75441d, a fim de demonstrar fiscalização das atividades desenvolvidas pelos trabalhadores da empresa contratada.

[...]

De qualquer sorte, ainda que tenham sido juntados aos autos documentos contábeis e trabalhistas da prestadora de serviços, isso, por si só, não é suficiente para comprovar a fiscalização por parte do ente público tomador dos serviços, mormente quando o reconhecido inadimplemento de parcelas trabalhistas por parte da empregadora demonstra exatamente o contrário, ou seja, a ausência de fiscalização a ensejar a culpa *in vigilando*.

(Processo 0021474-82.2014.5.04.0007, RO, rel. Des.^a Lucia Ehrenbrink, julg. em 11.11.2016)

EMENTA

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO TOMADOR DO SERVIÇO. ENTE PÚBLICO. Não havendo comprovação da efetiva fiscalização pelo ente público, tomador do serviço, quanto ao cumprimento do contrato de prestação de serviços, em especial no que concerne às normas trabalhistas, pela prestadora de serviços, tem-se por configurada a culpa *in vigilando*, devendo o tomador responder subsidiariamente pelas verbas trabalhistas inadimplidas pela empregadora. Recurso da União não provido.

[...]

No caso, é incontroverso que a autora foi contratada pela primeira reclamada para exercer a função de servente, tendo prestado seus serviços **nas dependências do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região**, ora representada pela União (contratos e termos aditivos, Id. c42dec4).

Ainda que o tomador dos serviços tenha fiscalizado o cumprimento das obrigações trabalhistas e sociais por parte da prestadora, não foi efetiva o suficiente a fiscalização, notadamente em relação ao inadimplemento de horas extras laboradas e saldo de férias, por exemplo. Cabe registrar, por demasia, que não se verifica medida de precaução a fim de evitar o inadimplemento, uma vez que a tomadora tinha condições de fiscalizar, por intermédio de seus prepostos, o correto cumprimento de obrigações básicas decorrentes do pacto laboral, não sendo suficientemente diligente, o que faz com que se reconheça a sua culpa *in vigilando*.

(Processo n.º 0021266-22.2015.5.04.0021 (RO), rel. Des.^a Maria Madalena Telesca, julg. em 08.03.2017)

Também foram identificados casos em que o reclamante prestou serviços de vigilante junto ao Ministério Público do Trabalho, Órgão que tem por atribuição institucional fiscalizar o cumprimento da legislação trabalhista.

EMENTA

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. TOMADOR DOS SERVIÇOS. O tomador dos serviços é responsável subsidiário pelas obrigações decorrentes do contrato de trabalho da reclamante com a prestadora de serviços, conforme orientação da Súmula nº 331, IV, do TST.

[...]

A reclamante afirma na inicial que exerceu as funções de **vigilante** em posto de trabalho ofertado pela 1a. ré MONTECASTELO SERVIÇOS DE VIGILÂNCIA LTDA., junto ao segundo reclamado Ministério Público do Trabalho em Passo Fundo. Incontroversa a prestação de serviços junto à reclamada UNIÃO, na execução do contrato de prestação de serviços celebrado entre as rés. A reclamada UNIÃO se beneficiou, portanto, diretamente da força de trabalho da autora na condição de tomadora de serviços.

A prestadora de serviços, primeira reclamada, devidamente notificada não compareceu, sendo declarada sua revelia e confissão.

[...]

A responsabilidade subsidiária está vinculada a eventual comprovação de falta de idoneidade financeira do real empregador, caso em que o tomador de serviços é chamado a responder pelos débitos trabalhistas, já que foi o beneficiário do trabalho executado pelo reclamante. Recorde-se que na hipótese dos autos a empresa prestadora de serviços não compareceu é revel e confessa quanto à matéria de fato, circunstância que apenas reforça a culpa "in vigilando" da Administração Pública. Entende-se que as relações entre as reclamadas não podem acarretar prejuízos ao trabalhador. A existência de processo licitatório antes da celebração do contrato não leva à descaracterização da **responsabilidade**. O só cumprimento dos rituais legais na contratação não atesta ter sido diligente o tomador de serviços, ao longo do contrato, a ponto de não ser responsabilizado.

[...]

Sendo assim, não se trata de mera presunção de culpa, no caso concreto. (Processo 0000780-64.2014.5.04.0663, RO, rel. Des. Ricardo Carvalho Fraga, julg. 31.01.2017)

Outra incongruência que se verificou foi o fato de que em alguns casos, nos quais restou reconhecida a efetiva fiscalização para excluir a responsabilidade subsidiária, não se verificou nenhuma diferença, em termos de fiscalização, com relação a outros casos nos quais se concluiu no sentido oposto. Trata-se dos mesmos contratos, submetidos à mesma fiscalização, porém com decisões divergentes.

É o que ocorre, por exemplo, no que se refere ao contrato da União com a empresa Prismaserv Soluções Empresariais Ltda – ME, para prestação de serviços auxiliares de apoio administrativo no Tribunal Regional Eleitoral – RS. No Processo n.º 0021423-86.2014.5.04.0002, como visto, foi reconhecida a efetiva fiscalização e excluída a responsabilidade subsidiária. Já no Processo n.º 0021536-59.2014.5.04.0028 (RO, 6ª Turma, Rel. Des.^a Maria Cristina Schaan Ferreira, julgado em 12.08.2016), a decisão foi no sentido oposto, pelo reconhecimento da culpa *in vigilando*.

O mesmo ocorre em relação ao contrato da União com a empresa Montecastelo Serviços de Vigilância Ltda., para a prestação de serviços de vigilância nas dependências Procuradoria Regional do Trabalho da 4ª Região. Apesar de se tratar do mesmo contrato e da mesma fiscalização, localizamos decisões conflitantes quanto à questão da efetiva fiscalização. Com efeito, no Processos n.º 0020462-12.2014.5.04.0305, afastou-se a responsabilidade subsidiária pela não caracterização de conduta culposa na fiscalização do contrato (processo que está entre os oito com decisões favoráveis à Administração). Apesar disso, também foram localizados acórdãos em sentido contrário, pela configuração da culpa *in vigilando*, como no Processo n.º 0020444-03.2014.5.04.0301, também já mencionado.

A situação foi igualmente constatada quanto ao contrato do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS com a empresa Lince – Segurança Patrimonial Ltda., para prestação de serviços de vigilância nas Agências da Previdência Social. No citado Processo n.º 0020808-05.2015.5.04.0021, a fiscalização foi reconhecida como efetiva. No entanto, no Processo n.º 0020854-33.2015.5.04.0008, RO, 8ª Turma, rel. Des. Luiz Alberto De Vargas, julgado em 15.12.2016, a decisão conclui que restou “claramente demonstrada a culpa *in vigilando* da segunda Reclamada”.

Há, ainda, uma decisão que chamou a atenção, merecendo destaque, especialmente para o voto-vencido do relator, que concluía pela ausência de caracterização de culpa *in vigilando* e afastava a responsabilidade subsidiária, em razão da impossibilidade de se exigir fiscalização quanto ao grau do adicional de insalubridade devido ao reclamante, nos termos que seguem:

Foi objeto da condenação o adicional de insalubridade no grau máximo (apurado pela perícia técnica), tendo sido autorizada a dedução dos valores pagos sob o mesmo título, no grau médio (recibos de salário, ID Num. bf9a1e6).

Como se vê, a parcela deferida ao reclamante constitui verba cujo inadimplemento não poderia ter sido percebido pela fiscalização do tomador dos serviços. O agente insalubre, muitas vezes, só é descoberto com a perícia técnica. Assim, entendo que a parcela objeto da condenação estava alheia ao dever de fiscalização do tomador de serviços, e que somente pudera ser apurada via judicial. Assim, não vejo como atribuir à recorrente a responsabilidade por este tipo de inadimplemento.

Logo, *data vênia* do entendimento registrado na sentença, não se pode considerar que houve ausência de fiscalização da 2ª reclamada, de modo a justificar a atribuição de **responsabilidade subsidiária** à tomadora.

Nessas circunstâncias, entendo que a **responsabilidade subsidiária** atribuída à 2ª reclamada deve ser afastada, conforme exegese do art. 71, § 2º, da Lei 8.666/1993 dada pela Súmula 331, IV, do Tribunal Superior do Trabalho.

Processo nº 0020211-96.2015.5.04.0001, RO, 4ª Turma, Rel. Des. Manuel Cid Jardon, julgado em 29.07.2016)

Não obstante, os demais integrantes da Turma divergiram desse entendimento, reconhecendo a culpa *in vigilando*, porque a entidade pública deveria fiscalizar o correto grau do adicional de insalubridade (no caso, o máximo, de acordo com a perícia judicial, e não o médio, que vinha sendo pago normalmente, com base em laudos técnicos):

DESEMBARGADOR JOÃO BATISTA DE MATOS DANDA:

[...]

Não há nos autos prova apta a demonstrar a correta e efetiva fiscalização por parte do tomador dos serviços, razão pela qual deve ser mantida sua **responsabilidade subsidiária**, em razão da culpa *in vigilando*.

Ressalto que mesmo o reconhecimento do adicional de insalubridade em grau máximo, via perícia técnica, não afasta a responsabilidade da segunda reclamada, pois era em seus estabelecimentos que a reclamante trabalhava, razão pela qual as condições de trabalho poderiam ser efetivamente fiscalizadas.

Assim, voto por negar provimento ao recurso ordinário da segunda reclamada.

DESEMBARGADOR LUIZ ALBERTO DE VARGAS:

Divirjo do voto do eminente Relator. Entendo correta a sentença de primeiro grau que constatou culpa "in vigilando" da segunda reclamada, como tomadora dos serviços, ao deixar de fiscalizar o cumprimento da legislação trabalhista por parte da empresa terceirizada.

Tenha-se em conta que, como consta da sentença recorrida, o contrato de ID 55b6455, firmado pelas reclamadas, teve como objeto a prestação de serviços continuados de limpeza, asseio e conservação predial em áreas comuns e de saúde e vigência anterior ao contrato de trabalho da reclamante"

Mormente em relação ao objeto da condenação (adicional de insalubridade) esta responsabilidade aumenta, já a prestação dos serviços ocorria nas dependências da segunda reclamada e era esta, na forma de lei, corresponsável pela manutenção de condições adequadas do ambiente laboral, em conformidade com as normas de segurança e medicina do trabalho.

Com a devida vênia, na linha do voto-vencido, não se pode exigir uma fiscalização eficiente a respeito, a ponto de impedir que o adicional de insalubridade seja pago apenas no grau médio, quando a perícia judicial o reconhece em grau máximo.

Ora, é impossível ao ente público exigir da prestadora de serviços que pague a determinados empregados terceirizados o adicional de insalubridade em grau máximo, especialmente quando próprio o Laudo Técnicos de Condições Ambientais do Trabalho – LTCAT prevê o pagamento do referido adicional em grau médio.

Trata-se de questão que normalmente gera controvérsia no âmbito judicial, e que depende da realização de prova pericial para aferição, não havendo como exigir uma fiscalização a respeito.

Prevaleceu, nesse caso, porém, o entendimento no sentido de que a culpa *in vigilando* estaria caracterizada, somando-se ao alarmante índice de 99,3% de condenações acima apontado.

Pela visão do Tribunal, a conduta culposa é regra quase absoluta na Administração Pública.

Mais de 99% dos administradores públicos, responsáveis pela fiscalização dos contratos, incluídos aí agentes do próprio Tribunal e do Ministério Público do Trabalho, teriam sido negligentes, agindo com culpa *in vigilando*, e causando, com suas condutas omissivas, danos aos trabalhadores terceirizados. Será isso?

Não parece, com a máxima vênia, que esta visão esteja correta. Não é possível que quase 100% dos nossos fiscais de contratos sejam negligentes.

Se fosse assim, seria caso de rever toda a atuação da Administração Pública direta e indireta nos três níveis da federação quanto às terceirizações, criando novos mecanismos, substituindo o pessoal negligente por pessoal altamente especializado, contratados com a missão de evitar o inadimplemento de toda e qualquer verba trabalhista, sem possibilidade de falha, sob pena de ficar caracterizada a culpa.

Não é isso. Os fiscais dos contratos não são negligentes. A fiscalização, especialmente no âmbito federal, observa o disposto na IN SLTI/MPOG n.º 02/2008, que estabelece procedimentos rigorosos no que se refere à fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas pelas empresas contratadas.

Na verdade, o que se pode perceber das decisões contrárias à Administração é que há um certo padrão decisório, em que se utilizam fundamentos genéricos, para justificar a existência de culpa *in vigilando* nos casos concretos, quando evidenciado o inadimplemento de verbas trabalhistas e o fato de que o ente público foi o beneficiário dos serviços prestados.

Observa-se uma verdadeira generalização da culpa *in vigilando*, que olvida de uma análise mais criteriosa dos fatos para aferir se efetivamente há prova de falha na fiscalização nos casos concretos.

Na maioria dos casos, os julgadores lançam mão de fundamentação genérica para, dentro do terreno da interpretação, justificar a existência de omissão culposa da Administração, e viabilizar, assim, o reconhecimento da responsabilidade subsidiária, o que estaria em conformidade com o entendimento do STF na ADC n.º 16 e com a Súmula 331, V, do TST.

É relevante mencionar, por fim, que o Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, desde maio de 1999, possui o entendimento consubstanciado na Súmula n.º 11 do Tribunal (aprovada pela Resolução Administrativa n.º 07/1999, DOE-RS dias 10, 11 e 12 de maio de 1999), nos seguintes termos:

**RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
DIRETA E INDIRETA. CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEI**

8.666/93. A norma do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 não afasta a responsabilidade subsidiária das entidades da administração pública, direta e indireta, tomadoras dos serviços.

A redação da súmula, no sentido oposto ao que a lei preceitua, não sofreu nenhuma alteração desde sua edição, mesmo após a decisão do STF na ADC n.º 16 e a alteração da redação da Súmula 331 do TST, e ainda assim vem sendo utilizada como fundamento nas decisões da Corte.

4.2. Jurisprudência do TST

Como bem observa Priscila Bessa Rodrigues⁶⁵, ao invés de pacificar a questão, o julgamento da ADC n.º 16 pelo Supremo implicou na manutenção de decisões díspares no âmbito das Turmas do TST quanto à forma de comprovação da culpa do ente público, havendo julgados que absolvem o ente público na hipótese de condenação pelas instâncias ordinárias fundamentada no mero inadimplemento da empresa contratada, sem delimitação da culpa do ente público (Processo n.º TST-RR56880.2010.5.03.0026, DEJT de 24.04.2015); outros que determinam o retorno dos autos à origem para nova análise do quadro fático-probatório (Processo n.º TST-RR3390013.2008.5.07.0021, DEJT de 28.08.2015); prevalecendo em algumas Turmas o entendimento de que o ônus da prova da fiscalização das obrigações trabalhistas é do ente público (Processo n.º TST-RR273118.2012.5.02.0082, DEJT de 19.12.2014); e em outras que caberia ao reclamante comprovar que o ente público não fiscalizou o contrato (Processo n.º TST-AIRR19959.2013.5.15.0087, DEJT de 26.06.2015).

Assim como se fez em relação à jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, buscou-se apurar, também no Tribunal Superior do Trabalho, uma proporção entre a quantidade de decisões favoráveis e desfavoráveis aos entes públicos no que se refere ao reconhecimento da culpa *in vigilando* para determinar a responsabilidade subsidiária.

Embora, aqui, a pesquisa⁶⁶ tenha ficado limitada a um número menor de casos, pode-se perceber um aumento significativo do percentual de casos decididos em favor do ente público, levando em consideração os 0,7% observados no TRT4.

⁶⁵ RODRIGUES, Priscila Bessa. Terceirização no Serviço Público e Direitos Humanos: Breves Considerações. **Publicações da Escola da AGU**, Brasília, ano 2015, n. 2, p. 161174, out / dez 2015, p. 04.

⁶⁶ Realizada através do link <<http://www.tst.jus.br/web/guest/consulta-unificada>>. Acessos em 23, 24, 25 e 26 de abril de 2017. Foram pesquisados “Acórdãos”, publicados entre os dias 01.01.2017 a 31.03.2017, de cada uma das

Dos 100 processos analisados, verificou-se que em vinte e um⁶⁷ as decisões foram favoráveis aos entes da Administração Pública em relação ao aspecto. Nos demais⁶⁸, a decisão foi no sentido da existência de culpa *in vigilando*.

oito turmas do Tribunal, utilizando-se como parâmetros de busca as expressões “responsabilidade subsidiária” e “administração pública”. Descartados os processos em que os agravos de instrumento em recurso de revistas não foram conhecidos, ou, se conhecidos, não foram providos em decorrência da inobservância dos requisitos legais quanto aos aspectos formais dos recursos (como ausência de demonstração do prequestionamento ou do confronto analítico), sem análise meritória quanto à conformidade da decisão com a ADC 16 e à Súmula 331, V, TST. Desconsiderados os embargos de declaração, e os processos que não versavam exclusivamente sobre o tema da responsabilidade subsidiária nas terceirizações lícitas, com base na Súmula 331, V, do TST. Também foram excluídos os casos em que o TST determinou o retorno dos autos aos Tribunais de origem para exame do tema da responsabilidade subsidiária da Reclamada sob o enfoque da existência ou não de fiscalização do tomador dos serviços no cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora, nos termos do item V da Súmula nº 331 do TST. Por outro lado, foram considerados os casos em que, mesmo não conhecidos, ou conhecidos e não providos os agravos de instrumento em recurso de revista, adentrou-se no mérito para afirmar que a decisão recorrida estaria em conformidade com a ADC 16 e a Súmula 331, V, porque reconhecida a culpa *in vigilando*. Foram pesquisados os 13 primeiros processos das 1ª, 2ª, 3ª e 4ª Turmas, e os 12 primeiros das demais, para completar o total de 100.

⁶⁷ RR - 1673-41.2012.5.11.0013, DEJT 31/03/2017; RR - 1057-94.2015.5.10.0011, DEJT 31/03/2017; RR - 1411-08.2014.5.03.0090, DEJT 31/03/2017; RR - 108600-36.2011.5.17.0001, DEJT 31/03/2017; RR - 695-66.2010.5.04.0001, DEJT 31/03/2017; RR - 1621-86.2012.5.01.0057, DEJT 31/03/2017; RR - 730-45.2011.5.05.0039, DEJT 31/03/2017; RR - 569-96.2012.5.04.0663, DEJT 31/03/2017; RR - 641-39.2013.5.02.0070, DEJT 31/03/2017; RR - 1877-10.2015.5.11.0101, DEJT 31/03/2017; RR - 537-61.2014.5.05.0221, DEJT 31/03/2017; RR - 358-83.2015.5.14.0402, DEJT 31/03/2017; RR - 2029-74.2011.5.02.0028, DEJT 31/03/2017; RR - 1636-94.2013.5.15.0036, DEJT 31/03/2017; RR - 227-18.2015.5.03.0046, DEJT 31/03/2017; RR - 1211-30.2015.5.10.0006, DEJT 31/03/2017; RR - 10385-68.2014.5.15.0003, DEJT 31/03/2017; AIRR - 1000344-95.2014.5.02.0711, DEJT 31/03/2017; RR - 296-87.2015.5.10.0003, DEJT 31/03/2017; RR - 24408-36.2015.5.24.0002, DEJT 24/03/2017; RR - 81600-48.2010.5.21.0013, DEJT 31/03/2017.

⁶⁸ Ag-AIRR - 1528-63.2012.5.15.0048, DEJT 31/03/2017; Ag-AIRR - 1528-63.2012.5.15.0048, DEJT 31/03/2017; Ag-RR - 2156-41.2014.5.03.0137, DEJT 31/03/2017; Ag-AIRR - 116300-60.2013.5.21.0008, DEJT 31/03/2017; Ag-AIRR - 1572-65.2013.5.02.0030, DEJT 31/03/2017; Ag-AIRR - 966-52.2013.5.04.0104, DEJT 31/03/2017; Ag-AIRR - 496-80.2014.5.05.0161, DEJT 31/03/2017; Ag-AIRR - 557-58.2014.5.05.0122, DEJT 31/03/2017; Ag-AIRR - 10324-92.2015.5.18.0003, DEJT 31/03/2017; Ag-RR - 11738-07.2014.5.03.0027, DEJT 31/03/2017; AIRR - 20504-74.2014.5.04.0333, DEJT 31/03/2017; ARR - 1596-61.2011.5.03.0022, DEJT 31/03/2017; AIRR - 11470-81.2014.5.15.0135, DEJT 31/03/2017; Ag-AIRR - 10862-74.2014.5.15.0041, DEJT 31/03/2017; AIRR - 1589-97.2012.5.07.0030, DEJT 31/03/2017; Ag-AIRR - 1815-27.2015.5.08.0206, DEJT 31/03/2017; RR - 64500-54.2012.5.17.0132, DEJT 31/03/2017; Ag-AIRR - 10388-75.2013.5.01.0026, DEJT 31/03/2017; Ag-AIRR - 12073-23.2014.5.03.0028, DEJT 31/03/2017; AIRR - 314-34.2014.5.02.0014, DEJT 31/03/2017; AIRR - 10106-53.2013.5.01.0053, DEJT 31/03/2017; AIRR - 1742-08.2014.5.10.0021, DEJT 31/03/2017; AIRR - 10237-15.2014.5.15.0017, DEJT 31/03/2017; AIRR - 186-37.2015.5.17.0151, DEJT 31/03/2017; RR - 95000-09.2012.5.17.0131, DEJT 31/03/2017; AIRR - 20188-61.2013.5.04.0021, DEJT 31/03/2017; AIRR - 20455-44.2015.5.04.0027, DEJT 31/03/2017; RR - 1191-78.2014.5.03.0035, DEJT 31/03/2017; AIRR - 1581-39.2014.5.02.0435, DEJT 31/03/2017; AIRR - 1189-03.2014.5.02.0079, DEJT 31/03/2017; AIRR - 10045-97.2015.5.15.0033, DEJT 31/03/2017; AIRR - 645-18.2014.5.10.0103, DEJT 31/03/2017; AIRR - 10029-37.2015.5.15.0133, DEJT 31/03/2017; AIRR - 10564-42.2015.5.03.0151, DEJT 31/03/2017; AIRR - 373-57.2014.5.09.0004, DEJT 31/03/2017; AIRR - 20371-43.2014.5.04.0006, DEJT 31/03/2017; AIRR - 1477-18.2014.5.02.0089, DEJT 31/03/2017; AIRR - 10509-61.2014.5.15.0129, DEJT 31/03/2017; AIRR - 452-15.2015.5.21.0021, DEJT 31/03/2017; RR - 604-48.2012.5.04.0019, DEJT 31/03/2017; AIRR - 80097-29.2014.5.22.0108, DEJT 31/03/2017; RR - 604-48.2012.5.04.0019, DEJT 31/03/2017; AIRR - 80097-29.2014.5.22.0108, DEJT 31/03/2017; RR - 118-95.2010.5.01.0058, DEJT 31/03/2017; ARR - 1593-43.2014.5.21.0041, DEJT 31/03/2017; AIRR - 2247-96.2014.5.10.0021, DEJT 31/03/2017; AIRR - 10938-25.2014.5.15.0033, DEJT 31/03/2017; AIRR - 1468-22.2015.5.11.0008, DEJT 31/03/2017; AIRR - 10583-

Nos casos analisados, portanto, a Administração Pública obteve 21% de êxito. Apesar de ainda ser um percentual baixo, começa-se a perceber uma certa evolução quanto ao entendimento sobre a caracterização da culpa *in vigilando* para a responsabilização subsidiária.

Alguns julgados passam a analisar a questão da culpa de forma mais criteriosa, afastando a presunções decorrentes do mero inadimplemento, e argumentações genéricas.

Nesse sentido, destacamos os seguintes casos:

Inviável a responsabilização subsidiária da Fazenda Pública pautada na presunção de culpa pelo mero inadimplemento das obrigações trabalhistas devidas pela tomadora ou no item IV da Súmula 331 do TST. Recurso de revista conhecido e provido, no tema.

(RR - 1673-41.2012.5.11.0013, Relator Ministro: Hugo Carlos Scheuermann, Data de Julgamento: 29/03/2017, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 31/03/2017)

A responsabilidade subsidiária da CEMIG DISTRIBUIÇÃO S.A. foi reconhecida de forma genérica, sem apreciação específica da sua conduta culposa ou negligente no tocante à fiscalização da prestadora de serviços quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento.

(RR - 1411-08.2014.5.03.0090, Relatora Desembargadora Convocada: Cilene Ferreira Amaro Santos, Data de Julgamento: 29/03/2017, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 31/03/2017)

No caso, a responsabilidade subsidiária do Estado do Espírito Santo foi reconhecida em virtude do não adimplemento das obrigações trabalhistas pela empregadora direta da Reclamante, sem que tivesse sido atribuída e demonstrada a sua negligência no tocante ao cumprimento dessas obrigações pela prestadora de serviços. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento.

(RR - 108600-36.2011.5.17.0001, Relatora Desembargadora Convocada: Cilene Ferreira Amaro Santos, Data de Julgamento: 29/03/2017, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 31/03/2017)

59.2013.5.11.0001, DEJT 31/03/2017; AIRR - 10612-08.2013.5.12.0058, DEJT 31/03/2017; AIRR - 592-86.2014.5.02.0482, DEJT 31/03/2017; AIRR - 11844-45.2013.5.01.0225, DEJT 31/03/2017; AIRR - 20311-67.2014.5.04.0201, DEJT 31/03/2017; AIRR - 2681-14.2014.5.17.0014, DEJT 31/03/2017; AIRR - 1455-53.2013.5.09.0071, DEJT 31/03/2017; AIRR - 1001656-59.2014.5.02.0468, DEJT 31/03/2017; AIRR - 21142-18.2014.5.04.0007, DEJT 31/03/2017; AIRR - 573-92.2015.5.02.0014, DEJT 31/03/2017; AIRR - 1866-86.2012.5.02.0084, DEJT 31/03/2017; AIRR - 3825-21.2014.5.01.0482, DEJT 31/03/2017; AIRR - 1565-17.2014.5.02.0005, DEJT 31/03/2017; AIRR - 981-27.2015.5.08.0205, DEJT 31/03/2017; RR - 20700-56.2013.5.17.0191, DEJT 31/03/2017; AIRR - 1551-60.2014.5.10.0021, DEJT 31/03/2017; RR - 112300-88.2012.5.17.0161, DEJT 31/03/2017; AIRR - 141-92.2016.5.08.0201, DEJT 31/03/2017; AIRR - 468-98.2015.5.05.0122, DEJT 31/03/2017; RR - 178-86.2015.5.03.0139, DEJT 11/04/2017; AIRR - 637-32.2013.5.02.0254, DEJT 31/03/2017; AIRR - 681-35.2014.5.01.0451, DEJT 31/03/2017; AIRR - 130204-95.2015.5.13.0010, DEJT 31/03/2017; AIRR - 20081-57.2015.5.04.0664, DEJT 31/03/2017; AIRR - 981-33.2014.5.01.0342, DEJT 31/03/2017; AIRR - 1146-75.2015.5.23.0005, DEJT 31/03/2017; AIRR - 1311-21.2014.5.02.0045, DEJT 31/03/2017; AIRR - 12149-59.2014.5.15.0110, DEJT 31/03/2017; AIRR - 2027-42.2013.5.02.0026, DEJT 31/03/2017; AIRR - 11162-22.2014.5.01.0204, DEJT 31/03/2017; AIRR - 1764-69.2015.5.23.0021, DEJT 31/03/2017.

A responsabilidade subsidiária do Estado do Rio Grande do Sul foi reconhecida porque há créditos trabalhistas inadimplidos e, por isso, se presumiu a falta de fiscalização. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento. III. Recurso de revista de que se conhece, por violação do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93, e a que se dá provimento.

(RR - 569-96.2012.5.04.0663, Relatora Desembargadora Convocada: Cilene Ferreira Amaro Santos, Data de Julgamento: 29/03/2017, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 31/03/2017)

Há casos em que se reconheceu a violação ao art. 71, § 1º, da Lei n.º 8.666/93 em razão da inversão do ônus da prova em desfavor do ente público:

Evidenciado no acórdão recorrido que a responsabilização subsidiária do recorrente decorreria da ausência de prova de que procedera regular fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas da empresa contratada, ônus que se advertiu lhe cabia, sobressai incontestável a alegada violação do artigo 71, § 1º, da Lei 8.666/93. X - Isso considerando ser do reclamante e não do reclamado o ônus de que se demitira do dever de fiscalização das obrigações trabalhistas da empresa prestadora de serviços, não havendo lugar sequer para a adoção da tese da aptidão da prova, na esteira da presunção relativa de legitimidade dos atos administrativos. XI - Sendo assim, sobrevém a evidência de o acórdão recorrido ter violado o artigo 71, § 1º, da Lei 8.666/93, de modo que se impõe o conhecimento e provimento do apelo extraordinário para excluir a condenação a título de responsabilidade subsidiária atribuída ao recorrente. XII - Recurso de revista conhecido e provido.

(RR - 641-39.2013.5.02.0070, Relator Ministro: Antonio José de Barros Levenhagen, Data de Julgamento: 29/03/2017, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 31/03/2017)

RECURSO DE REVISTA. LEI Nº 13.015/2014. ACÓRDÃO DO TRT PROFERIDO APÓS A ATUAL REDAÇÃO DA SÚMULA Nº 331 DO TST. ENTE PÚBLICO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO TOMADOR DE SERVIÇOS RECONHECIDA PELA CORTE REGIONAL SEM PROVA DE CULPA DO ENTE PÚBLICO. VEDAÇÃO CONFORME ENTENDIMENTO DO STF. 1 - Preenchidos os requisitos do art. 896, § 1º-A, da CLT. 2 - De acordo com a Súmula nº 331, V, do TST e a ADC nº 16 do STF, é vedado o reconhecimento da responsabilidade subsidiária do ente público com base no mero inadimplemento do empregador no cumprimento das obrigações trabalhistas, e deve haver prova da culpa in eligendo ou in vigilando do tomador de serviços. 3 - Também de acordo com o entendimento do STF, em diversas reclamações constitucionais, não deve ser reconhecida a responsabilidade subsidiária com base na distribuição do ônus da prova em desfavor do ente público, cujos atos gozam da presunção de legalidade e de legitimidade. Por disciplina judiciária, essa diretriz passou a ser seguida pela Sexta Turma do TST, a partir da Sessão de Julgamento de 25/3/2015. 4 - Recurso de revista a que se dá provimento. Fica prejudicado o exame dos temas remanescentes.

(RR - 296-87.2015.5.10.0003, Relatora Ministra: Kátia Magalhães Arruda, Data de Julgamento: 22/03/2017, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 31/03/2017)

Há casos, ainda, no sentido de que quando o Tribunal de origem não faz registro expresse da culpa *in vigilando*, torna-se inviável a condenação subsidiária:

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA LEI 13.015/2014. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA. CULPA IN VIGILANDO NÃO REGISTRADA NO ACÓRDÃO REGIONAL [...] Hipótese em que o Tribunal Regional condenou subsidiariamente o Reclamado ao pagamento dos

créditos trabalhistas sem, contudo, registrar expressamente a ocorrência da culpa in vigilando. Desse modo, não registrada no acórdão regional a premissa fática indispensável para caracterizar a conduta culposa do tomador, quanto à fiscalização do contrato de trabalho, inviável a manutenção da condenação subsidiária proclamada, nos termos da nova redação da Súmula 331, V, desta Corte e do decidido na ADC 16/DF pelo Supremo Tribunal Federal. Recurso de revista conhecido e provido.

(RR - 81600-48.2010.5.21.0013, Relator Ministro: Douglas Alencar Rodrigues, Data de Julgamento: 29/03/2017, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 31/03/2017)

De outro lado, em 79% dos casos analisados, porém, concluiu-se restar caracterizada a falha na fiscalização.

Em muitos casos, concluiu-se que o ônus da prova quanto à efetiva fiscalização seria do ente público que, não se desincumbindo, responderia subsidiariamente, por caracterizada culpa:

Incontroverso que inexistente, nos autos, prova de que a Administração Pública cumpriu com seu dever de fiscalização do cumprimento do contrato, especialmente quanto aos direitos trabalhistas, quando a ela cabia, em juízo, trazer os elementos necessários à formação do convencimento, impõe-se concluir que, por omissão voluntária, está caracterizada a culpa "in vigilando", o que autoriza a condenação subsidiária. Agravo de instrumento conhecido e desprovido.

(AIRR - 20188-61.2013.5.04.0021, Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Data de Julgamento: 29/03/2017, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 31/03/2017)

SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. CULPA IN VIGILANDO E IN ELIGENDO COMPROVADAS (DECISÃO EM CONFORMIDADE COM O ENTENDIMENTO FIXADO PELO STF NA ADC 16/DF E PELA SÚMULA 331, V, DO TST). Na hipótese, o Tribunal Regional reconheceu a responsabilidade subsidiária do município reclamado em razão da ausência de prova de que tivesse procedido à efetiva fiscalização e acompanhamento da execução do contrato. Com efeito, por ser o natural detentor dos meios de prova sobre a fiscalização das obrigações contratuais, bem como da manutenção pelo contratado das condições originais de habilitação e qualificação exigidas na licitação (art. 55, XIII, da Lei 8.666/93), inclusive sua idoneidade financeira (art. 27, III), pertence ao ente público o ônus de comprovar que desempenhou a contento esse encargo. Dessa forma, a responsabilização subsidiária da Administração Pública não decorre de presunção de culpa, mas de sua verificação em concreto a partir do conjunto da prova, e das regras de distribuição do ônus probandi. Recurso de revista não conhecido.

(RR - 64500-54.2012.5.17.0132, Relatora Ministra: Delaíde Miranda Arantes, Data de Julgamento: 28/03/2017, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 31/03/2017)

O art. 71, § 1.º, da Lei 8.666/93 deve ser interpretado em harmonia com outros dispositivos dessa lei que imputam às entidades estatais o dever de fiscalização da execução dos seus contratos de terceirização (art. 57, III). Constatando-se o descumprimento de direitos trabalhistas pela empresa contratada, a Administração Pública tem a obrigação de aplicar sanções como advertência, multa, suspensão temporária de participação em licitação, declaração de inidoneidade para licitar ou contratar (art. 87, I, II, III e IV), ou, ainda, rescindir unilateralmente o contrato (arts. 78 e 79). Esse entendimento confere maior eficácia aos preceitos constitucionais que consagram a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1.º, III e IV), que estabelecem como objetivo da República construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3.º, I) de modo a garantir os direitos fundamentais dos trabalhadores (art. 7.º) como forma de valorizar o trabalho humano e assegurar a todos existência digna (art. 170). No caso, segundo assentou o Tribunal

Regional, o reclamado não se desvencilhou do ônus de provar a devida fiscalização do contrato, devendo responder subsidiariamente pelas verbas deferidas na ação. Nessa medida, a confirmação da responsabilidade não ofende a autoridade da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADC 16/DF, nem a Súmula 331, V, do TST. Agravo de instrumento não provido.

(AIRR - 10237-15.2014515.0017, Relatora Ministra: Delaíde Miranda Arantes, Data de Julgamento: 28/03/2017, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 31/03/2017)

Cabe à Administração Pública apresentar as provas necessárias à demonstração de que cumpriu a obrigação prevista pela Lei de Licitações, qual seja, a fiscalização da execução dos contratos administrativos, sob pena de restar caracterizada a sua culpa "in vigilando". 1.3. Incontroverso que inexistente, nos autos, prova de que a Administração Pública cumpriu seu dever de fiscalização do cumprimento do contrato, especialmente quanto aos direitos trabalhistas, quando a ela cabia, em juízo, trazer os elementos necessários à formação do convencimento, impõe-se concluir que, por omissão voluntária, está caracterizada a culpa "in vigilando", o que autoriza a condenação subsidiária. Ademais, a responsabilidade subsidiária abrange todas as obrigações contidas no título executivo judicial. Estando a decisão em conformidade com a Súmula 331, V e VI, do TST, não merece processamento o recurso de revista, nos termos do art. 896, § 7º, da CLT. Agravo de instrumento conhecido e desprovido. (AIRR - 1581-39.2014.5.02.0435, Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Data de Julgamento: 29/03/2017, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 31/03/2017)

Em alguns casos, foi suficiente que a Corte de origem faça registro expresso no sentido de que a culpa está evidenciada nos autos, para que o TST entendesse pela conformidade da decisão com a Súmula 331, V, e com o julgamento da ADC n.º 16, restando obstaculizando o conhecimento dos recursos de revista, com base no art. 896, § 7º, da CLT e na Súmula 333 do TST:

Na hipótese, depreende-se do acórdão regional que a responsabilidade subsidiária imputada ao ente público não decorreu do mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela prestadora de serviços, hipótese rechaçada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADC 16. Com efeito, ao exame do caso concreto, o Tribunal Regional concluiu pela responsabilidade subsidiária do tomador de serviços face à sua omissão em fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais e legais por parte da empresa contratada, caracterizadora da culpa in vigilando. 3. Nesse contexto, a decisão regional está em harmonia com o verbete sumular transcrito, a atrair a incidência do art. 896, § 7º, da CLT e a aplicação da Súmula 333/TST como óbices ao processamento do recurso de revista, ensejando o não provimento do presente agravo de instrumento. Agravo de instrumento conhecido e não provido.

(AIRR - 20504-74.2014.5.04.0333, Relator Ministro: Hugo Carlos Scheuermann, Data de Julgamento: 29/03/2017, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 31/03/2017)

Além disso, há entendimentos no sentido de que, se a Corte regional analisou e valorou a prova, resta inviabilizado o recurso de revista diante do óbice previsto na Súmula 126 do Tribunal:

No caso, o TRT valorou as provas produzidas nos autos afirmando categoricamente que os documentos trazidos aos autos demonstram a ineficácia da fiscalização, o que é suficiente para o reconhecimento da culpa in vigilando e da responsabilidade subsidiária do ente público. Não há como se chegar a conclusão contrária nesta

instância extraordinária, nos termos da Súmula nº 126 do TST, a qual veda o revolvimento de fatos e provas. 6 - Nesse aspecto, a decisão do Regional está em sintonia com a Súmula nº 331, IV e V, do TST e a decisão do Pleno do STF, o conhecimento do recurso de revista encontra óbice no § 7º do artigo 896 da CLT. 7 - Agravo de instrumento a que se nega provimento.

(AIRR - 1455-53.2013.5.09.0071, Relatora Ministra: Kátia Magalhães Arruda, Data de Julgamento: 29/03/2017, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 31/03/2017)

No presente caso, o Tribunal Regional registrou que "Já a culpa in vigilando materializou-se quando o Distrito Federal deixou de apresentar prova de que tenha fiscalizado de maneira eficaz a execução do contrato de trabalho, situação que ressaia da existência de parcelas não quitadas, conforme sentença a fls. 447.". Portanto, o ente público não logrou comprovar a fiscalização das obrigações contratuais e legais da empresa prestadora, o que configura a culpa in vigilando, a legitimar a imputação da responsabilidade subsidiária combatida. Incidência da Súmula 331, V, do TST. Agravo de instrumento não provido.

(AIRR - 1551-60.2014.5.10.0021, Relator Ministro: Douglas Alencar Rodrigues, Data de Julgamento: 29/03/2017, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 31/03/2017)

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. O Tribunal Regional decidiu a controvérsia em consonância com os artigos 186 e 927 do Código Civil, os quais preveem a culpa in vigilando. Ademais, os artigos 58, III, e 67 da Lei nº 8.666/93 impõem à Administração Pública o dever de fiscalizar a execução dos contratos administrativos de prestação de serviços por ela celebrados. No presente caso, o ente público, tomador dos serviços, não cumpriu adequadamente essa obrigação, permitindo que a empresa prestadora contratada deixasse de pagar regularmente ao seu empregado as verbas trabalhistas as quais lhe eram devidas. Saliente-se que essa conclusão não implica afronta ao art. 97 da CF e contrariedade à Súmula Vinculante nº 10 do STF, tampouco desrespeito à decisão do STF na ADC nº 16, porque não parte da declaração de inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, mas da definição do alcance das normas inscritas nessa Lei, com base na interpretação sistemática. Agravo de instrumento conhecido e não provido.

(AIRR - 130204-95.2015.5.13.0010, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 29/03/2017, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 31/03/2017)

Contudo, no caso dos autos, o próprio ente público afirma, em razões recursais, que não tem obrigação de fiscalizar o cumprimento, pelo contratado, das obrigações trabalhistas, pois esse dever é atribuído ao Poder Executivo Federal, por meio do Ministério do Trabalho e Emprego, e que a obrigação de fiscalizar se limita à verificação da execução do objeto do contrato. Logo, admite a falta de fiscalização. 5 - Agravo de instrumento a que se nega provimento.

(AIRR - 10612-08.2013.5.12.0058, Relatora Ministra: Kátia Magalhães Arruda, Data de Julgamento: 29/03/2017, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 31/03/2017)

Com base nesse entendimento, porém, muitas vezes acaba-se obstaculizando o acesso dos entes públicos às instâncias superiores, prestigiando-se decisões dos Tribunais Regionais do Trabalho que sequer enfrentam a questão da culpa à luz das provas constantes dos autos, limitando-se a afirmar que a falha na fiscalização está demonstrada, sem dizer onde estaria essa demonstração.

Basta o simples registro expresso da ocorrência de culpa *in vigilando* pelas Cortes Regionais para que a decisão esteja em conformidade com o entendimento da ADC n.º 16 e da Súmula 331, V, do TST.

O grande problema disso é que a decisão da Corte Regional, que, no caso do TRT4, por exemplo, reconhece expressamente estar evidenciada a culpa *in vigilando* em 99,3% dos casos concretos, muitas vezes é manifestamente contrária a prova dos autos, e mesmo assim a decisão acaba se tornando definitiva, porque inviabilizado o reexame da matéria fático-probatória.

4.3. Jurisprudência do STF

Longe de encerrar a controvérsia, como se percebe, com o julgamento da ADC n.º 16, ao afirmar que a declaração de constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n.º 8.666/93 não impede a responsabilização subsidiária em caso de descumprimento do dever de fiscalização, o Supremo acabou criando margem para as mais diversas interpretações, com entendimentos divergentes para todos os sentidos, especialmente quanto ao que seria efetiva fiscalização e a quem compete o ônus da prova.

Isso gerou, mais uma vez, enorme insegurança jurídica e, como não poderia deixar de ser, as demandas voltaram a bater nas portas da Suprema Corte do país.

Foram milhares de recursos extraordinários e diversas reclamações versando sobre o tema da responsabilidade subsidiária da Administração Pública, sob a alegação de afronta ao decidido na ADC n.º 16.

A questão vinha recebendo tratamento divergente entre as duas Turmas, prevalecendo, na Primeira, o entendimento de que não cabe reclamação para o reexame da matéria fático-probatória:

EMENTA AGRADO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ENTE PÚBLICO. DEVERES DE FISCALIZAÇÃO DO CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS. DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA. AUSÊNCIA DE AFRONTA À DECISÃO PROFERIDA NA ADC 16. PRECEDENTES. 1. O registro da omissão da Administração Pública quanto ao poder-dever de fiscalizar o adimplemento, pela contratada, das obrigações legais que lhe incumbiam - a caracterizar a culpa *in vigilando*-, ou da falta de prova acerca do cumprimento dos deveres de fiscalização - de observância obrigatória-, não caracteriza afronta à ADC 16. 2. Inviável o uso da

reclamação para reexame de conjunto probatório. Precedentes. Agravo regimental conhecido e não provido.

(Rcl 23458 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 16/12/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-047 DIVULG 10-03-2017 PUBLIC 13-03-2017)⁶⁹

EMENTA: AGRAVO INTERNO NA RECLAMAÇÃO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ARTIGO 71, § 1º, DA LEI 8.666/1993. CONSTITUCIONALIDADE. ADC 16. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DEVER DE FISCALIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE DO ENTE PÚBLICO. AUSÊNCIA DE OFENSA. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. 1. A impugnação específica da decisão agravada, quando ausente, conduz ao desprovimento do agravo interno. Súmula 287 do STF. Precedentes: Rcl nº 5.684/PE-AgR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 152 de 15/8/08, ARE 665.255-AgR/PR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe de 22/5/2013, e AI 763.915-AgR/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe de 7/5/2013. 2. A Administração tem o dever de fiscalizar o fiel cumprimento do contrato pelas empresas prestadoras de serviço, também no que diz respeito às obrigações trabalhistas referentes aos empregados vinculados ao contrato celebrado, sob pena de atuar com culpa in eligendo ou in vigilando. 3. A aplicação do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93, declarado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADC 16, não exime a entidade da Administração Pública do dever de observar os princípios constitucionais a ela referentes, entre os quais os da legalidade e da moralidade administrativa. 4. A decisão que reconhece a responsabilidade do ente público com fulcro no contexto fático-probatório carreado aos autos não pode ser alterada pelo manejo da reclamação constitucional. Precedentes: Rcl 11985-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJe de 15/03/2013. 5. Agravo interno desprovido. (Rcl 24581 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 18/11/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-257 DIVULG 01-12-2016 PUBLIC 02-12-2016)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO. ADC 16. ART. 71, § 1º, DA LEI 8.666/93. TERCEIRIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. 1. É improcedente o pedido de reclamação quando o ato reclamado não contraria a decisão proferida na ADC 16, nem a súmula vinculante 10 do STF. 2. Não é cabível o manejo de reclamação para se obter o reexame do conjunto fático-probatório dos autos. 3. Agravo regimental, interposto em 18.08.2016, a que se nega provimento. (Rcl 24592 AgR, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 18/11/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-257 DIVULG 01-12-2016 PUBLIC 02-12-2016)

Na Segunda Turma, porém, prevalece o entendimento no sentido contrário, favorável à Administração:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RECONHECIMENTO POR PRESUNÇÃO. AFRONTA À AUTORIDADE DA DECISÃO PROFERIDA NA ADC 16. CONFIGURAÇÃO. 1. Afronta a autoridade da decisão proferida no julgamento da ADC 16 (Min. Cezar Peluso, Pleno, DJe 9/9/2011) a transferência à Administração Pública da responsabilidade pelo pagamento de encargos trabalhistas sem a indicação

⁶⁹ Nesse caso, a Primeira Turma, por maioria, conheceu do agravo regimental e negou-lhe provimento, nos termos do voto da Relatora, vencido o Ministro Marco Aurélio. Composição: Ministros Luís Roberto Barroso (Presidente), Marco Aurélio, Luiz Fux, Rosa Weber e Edson Fachin. O Ministro Marco Aurélio dava provimento ao agravo regimental para dar seguimento à reclamação.

de específica conduta que fundamente o reconhecimento de sua culpa. 2. Agravo regimental não provido. (Rcl 22244 AgR, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 17/11/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-242 DIVULG 30-11-2015 PUBLIC 01-12-2015)

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RECONHECIMENTO POR PRESUNÇÃO. AFRONTA À AUTORIDADE DA DECISÃO PROFERIDA NA ADC 16. CONFIGURAÇÃO. 1. Afronta a autoridade da decisão proferida no julgamento da ADC 16 (Min. Cezar Peluso, Pleno, DJe 9/9/2011) a transferência à Administração Pública da responsabilidade pelo pagamento de encargos trabalhistas sem a indicação de específica conduta que fundamente o reconhecimento de sua culpa. 2. Agravo regimental não provido. (Rcl 20905 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 30/06/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-156 DIVULG 07-08-2015 PUBLIC 10-08-2015)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE N. 16. ART. 71, § 6º, DA LEI N. 8.666/1993. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. AUSÊNCIA DE ELEMENTO PROBATÓRIO CAPAZ DE DEMONSTRAR OMISSÃO DE AGENTES PÚBLICOS. PRESUNÇÃO DA CULPA DA ADMINISTRAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1. A responsabilidade subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas somente tem lugar quando há prova taxativa do nexo de causalidade entre a conduta de agentes públicos e o dano sofrido pelo trabalhador. 2. O inadimplemento de verbas trabalhistas devidas aos empregados da empresa contratada por licitação não transfere para o ente público a responsabilidade por seu pagamento. Não se pode atribuir responsabilidade por mera presunção de culpa da Administração. 3. Agravo regimental ao qual se nega provimento. (Rcl 16671 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 23/06/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-151 DIVULG 31-07-2015 PUBLIC 03-08-2015)

O tema teve a repercussão geral reconhecida no Recurso Extraordinário (RE) nº 603.397 (tema 246), substituído pelo Recurso Extraordinário 760.931, de relatoria da Ministra Rosa Weber, recentemente julgado, em 30.03.2017.

Na ocasião, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, por apertada maioria (seis votos a cinco), apreciando o tema 246 da repercussão geral, conheceu em parte do recurso extraordinário e, na parte conhecida, a ele deu provimento, vencidos os Ministros Rosa Weber (Relatora), Edson Fachin, Roberto Barroso, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello.

Conforme divulgado pelo Informativo n.º 859 do STF⁷⁰:

⁷⁰ Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/informativo/verInformativo.asp?sl=responsabilidade%20subsidi%Elria&numero=859&pagina=1&base=INFO>>. Acesso em: 26 abr. 2017.

O Plenário, em conclusão de julgamento e por maioria, conheceu em parte e, na parte conhecida, deu provimento a recurso extraordinário em que discutida a responsabilidade subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa prestadora de serviço. Na origem, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) manteve a responsabilidade subsidiária de entidade da Administração Pública tomadora de serviços terceirizados pelo pagamento de verbas trabalhistas não adimplidas pela empresa contratante. Isso ocorreu em razão da existência de culpa “in vigilando” do órgão público, caracterizada pela falta de acompanhamento e fiscalização da execução de contrato de prestação de serviços, em conformidade com a nova redação dos itens IV e V do Enunciado 331 da Súmula do TST (1). A recorrente alegava, em suma, que o acórdão recorrido, ao condenar subsidiariamente o ente público, com base no art. 37, § 6º, da Constituição Federal (CF), teria desobedecido ao conteúdo da decisão proferida no julgamento da ADC 16/DF (DJE de 9.9.2011) e, consequentemente, ao disposto no art. 102, § 2º, da CF. Afirmava, ainda, que o acórdão recorrido teria declarado a inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993, embora a norma tenha sido declarada constitucional no julgamento da ADC 16/DF. Sustentava violação dos arts. 5º, II, e 37, “caput”, da CF, por ter o TST inserido no item IV do Enunciado 331 da sua Súmula obrigação frontalmente contrária ao previsto no art. 71, § 1º, da Lei de Licitações. Defendia, por fim, que a culpa “in vigilando” deveria ser provada pela parte interessada, e não ser presumida — v. Informativos [852](#), [853](#) e [854](#).

Prevaleceu o voto do ministro Luiz Fux, que foi acompanhado pelos ministros Marco Aurélio, Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia (Presidente) e Alexandre de Moraes. Entendeu que uma interpretação conforme do art. 71 da Lei 8.666/1993, com o reconhecimento da responsabilidade subsidiária da Administração Pública, infirma a decisão tomada no julgamento da ADC 16/DF (DJE de 9.9.2011), nulificando, por conseguinte, a coisa julgada formada sobre a declaração de constitucionalidade do dispositivo legal. Observou que, com o advento da Lei 9.032/1995, o legislador buscou excluir a responsabilidade subsidiária da Administração, exatamente para evitar o descumprimento do disposto no art. 71 da Lei 8.666/1993, declarado constitucional pela Corte. Anotou que a imputação da culpa “in vigilando” ou “in elegendo” à Administração Pública, por suposta deficiência na fiscalização da fiel observância das normas trabalhistas pela empresa contratada, somente pode acontecer nos casos em que se tenha a efetiva comprovação da ausência de fiscalização. Nesse ponto, asseverou que a alegada ausência de comprovação em juízo da efetiva fiscalização do contrato não substitui a necessidade de prova taxativa do nexo de causalidade entre a conduta da Administração e o dano sofrido. Ao final, pontuou que a Lei 9.032/1995 (art. 4º), que alterou o disposto no § 2º do art. 71 da Lei 8.666/1993, restringiu a solidariedade entre contratante e contratado apenas quanto aos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei 8.212/1991.

O ministro Alexandre de Moraes considerou inexistente a possibilidade de a Administração Pública vir a responder por verbas trabalhistas de terceiros a partir de mera presunção, hipótese admitida apenas quando houver prova inequívoca de falha na fiscalização do contrato. Ponderou que o § 6º do art. 37 da CF prevê a responsabilidade civil objetiva do Estado como exceção. Em seu entendimento, elastecer a responsabilidade do poder público em contratos de terceirização parece ser um convite para que se faça o mesmo em outras dinâmicas de colaboração com a iniciativa privada, como as concessões de serviços públicos. Asseverou que a consolidação da responsabilidade do Estado por débitos trabalhistas de terceiros, alavancada pela premissa de inversão do ônus da prova em favor do trabalhador, acabaria por apresentar risco de desestímulo à colaboração da iniciativa privada com a Administração Pública, estratégia essencial para a modernização do Estado.

Vencida a ministra Rosa Weber (relatora), acompanhada pelos ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello, que negavam provimento ao recurso. Concluíam: a) pela impossibilidade de transferência automática para a Administração Pública da responsabilidade subsidiária pelo

descumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa terceirizada; b) pela viabilidade de responsabilização do ente público em caso de culpa comprovada em fiscalizar o cumprimento dessas obrigações; e c) competir à Administração Pública comprovar que fiscalizou adequadamente o cumprimento das obrigações trabalhistas pelo contratado.

Em seguida, o Tribunal deliberou fixar a tese da repercussão geral em assentada posterior.

[...]

RE 760931/DF, rel. orig. Min. Rosa Weber, red. p/ o ac. Min. Luiz Fux, julgamento em 30.3.2017. (RE-760931)

Na conclusão do julgamento, a Ministra Carmem Lúcia referiu que há pelo menos 50 mil processos sobrestados aguardando a decisão do caso paradigma. O Ministro Alexandre de Moraes ressaltou que a matéria é um dos mais profícuos contenciosos do Judiciário brasileiro, devido ao elevado número de casos que envolvem o tema. “Esse julgamento tem relevância no sentido de estancar uma interminável cadeia tautológica que vem dificultando o enfrentamento da controvérsia”⁷¹.

Na sessão do dia 26.04.2017, o Plenário do STF fixou a tese da repercussão geral nos seguintes termos:

O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93.

Com a devida vênia, a tese fixada não traz nenhuma novidade. Apesar de toda a repercussão do caso, o STF nada disse com essa tese. Trata-se de uma tese inócua.

Em comparação, a Súmula 331, V, do TST traduz muito melhor o entendimento firmado na ADC n.º 16 do que a tese agora fixada.

Perdeu, lamentavelmente, o Supremo, a oportunidade de estabelecer parâmetros claros, objetivos e concretos para que se reconheça a ausência de efetiva fiscalização apta a ensejar a responsabilidade subsidiária e encerrar de vez essa discussão infundável.

⁷¹ Conforme notícia divulgada em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=339613>>. Acesso em: 26 de abr. 2017.

Apesar disso, ao menos se pode extrair do voto vencedor⁷² que a ausência de comprovação em juízo da efetiva fiscalização do contrato não substitui a necessidade de prova taxativa do nexo de causalidade entre a conduta da Administração e o dano sofrido.

O ônus da prova não pode ser automaticamente invertido em desfavor dos entes públicos, devendo haver prova taxativa do nexo de causalidade entre a conduta da administração e o inadimplemento das verbas trabalhistas devidas aos terceirizados.

Vale dizer, se alguma verba trabalhista for reconhecida como devida, é necessário verificar se o seu inadimplemento tem relação com eventual descumprimento de algum dos deveres de fiscalização do tomador, o que deverá ser cabalmente demonstrado.

5. CONCLUSÕES

O art. 71, § 1º, da Lei n.º 8.666/93, que expressamente exclui a reponsabilidade da Administração, é constitucional, conforme declarado pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento da ADC n.º 16, em 24.11.2010.

A norma é válida, portanto, e deve ser respeitada. A declaração de constitucionalidade do dispositivo foi tomada em sede de controle concentrado, de sorte que a decisão possui efeito vinculante e eficácia *erga omnes*.

Não obstante a declaração de constitucionalidade do dispositivo, o próprio Supremo admitiu a possibilidade de responsabilidade subsidiária dos entes públicos, caso constatada, no caso concreto, omissão culposa com relação ao dever de fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas pelas empresas contratadas.

Nesse contexto, foi alterada a redação da Súmula 331 do TST, com a inclusão dos incisos V, que passou a exigir evidência de “conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n. 8.666/93” para a responsabilização. Eliminou-se a ideia de responsabilidade objetiva, com transferência automática da responsabilidade ao ente público em face do mero inadimplemento.

⁷² De acordo com o que foi divulgado no Informativo n.º 859. O acórdão ainda não foi publicado.

O dever de fiscalização está previsto nos artigos 27, 29, 55, XIII, e 67, *caput* e § 1º, da Lei de Licitações, e regulamentado, no âmbito da Administração Pública Federal, pela IN SLTI/MPOG n.º 02/2008, que estabelece uma série de exigências em relação ao cumprimento das obrigações trabalhistas pelas prestadoras de serviços.

A obrigação de fiscalização não deve ser vista como obrigação de resultado, sob pena de se transformar em verdadeira responsabilidade objetiva pelo mero inadimplemento da contratada, contrariamente ao entendimento fixado pelo Supremo. Até porque, se fiscalização eficiente é aquela que impede ou evita o inadimplemento, sequer haveria reclamação trabalhista para discutir a questão da responsabilidade subsidiária.

Quanto ao ônus da prova, o entendimento que melhor se amolda às decisões do Supremo na ADC n.º 16 e no recente RE 760.931 é no sentido de que incumbe ao reclamante demonstrar com prova inequívoca da conduta comissiva ou omissiva da fiscalização e o nexo de causalidade entre esta e o inadimplemento verificado. A ausência de prova da efetiva fiscalização (que é presumida) não afasta a necessidade de prova taxativa da culpa *in vigilando* e do nexo de causalidade.

Apesar disso, e do fato de os entes públicos cumprirem o dever de fiscalização, observando as determinações legais e regulamentares, e juntado, normalmente, aos autos dos processos a documentação comprobatória correspondente, na prática, o que se vê, como regra geral, é que a Administração Pública vem sofrendo condenações na esmagadora maioria dos casos que versam sobre o tema.

Em todos os casos a questão é tratada à luz do entendimento do STF na ADC n.º 16 e da Súmula 331, V, do TST, e a conclusão, na hipótese de responsabilização subsidiária, é sempre no sentido de que estaria presente a culpa *in vigilando* nos casos concretos.

Na pesquisa jurisprudencial realizada durante este trabalho, constatou-se, no Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, um alarmante índice de 99,3% de condenações subsidiárias.

Na visão do TRT4, a conduta culposa é regra quase absoluta na Administração Pública. Mais de 99% dos administradores responsáveis pela fiscalização dos contratos, incluídos aí

agentes do próprio Tribunal e do MPT (porque verificamos condenações da União em casos nos quais os reclamantes prestaram serviços nas dependências destes órgãos).

Ocorre, porém, que essa visão está distorcida da realidade. Não é possível que quase 100% dos nossos fiscais de contrato sejam omissos ou negligentes.

O que se percebe é um certo padrão decisório, em que se utilizam fundamentos genéricos, para justificar a existência de culpa *in vigilando* nos casos concretos, onde não se verifica essa demonstração, pelo simples fato de restar evidenciado o inadimplemento de verbas trabalhistas.

Observa-se uma verdadeira generalização da culpa *in vigilando*, que olvida de uma análise mais criteriosa dos fatos e elementos de prova para aferir se efetivamente há prova de falha na fiscalização nos casos concretos.

Na maioria dos casos, os julgadores lançam mão de fundamentação genérica para, dentro do terreno da interpretação, justificar a existência de omissão culposa da Administração, e viabilizar, assim, o reconhecimento da responsabilidade subsidiária, o que estaria em conformidade com o entendimento do STF na ADC n.º 16 e com a Súmula 331, V, do TST.

No TST, o índice de processos nos quais se concluiu pela caracterização da culpa *in vigilando* cai para 79% (relativamente aos casos pesquisados), mas segue alto e preocupante.

Além de decisões invertendo o ônus da prova em desfavor dos entes públicos (o que, em tese, não deverá mais ocorrer, após a decisão no RE 760.931), verificou-se, em muitos casos, que o exame da questão da responsabilidade subsidiária restou inviabilizado diante da necessidade de se aferir a culpa *in vigilando*, o que demandaria reexame de provas, não admitido em sede de recurso de revista.

Há casos em que o simples registro da existência de culpa *in vigilando* no acórdão regional foi suficiente para que se inviabilize a análise da questão pela instância extraordinária. Prestigiam-se, com isso, decisões regionais que muitas vezes sequer enfrentam a questão da culpa *in vigilando* à luz do contexto-fático probatório constantes dos autos, limitando-se a

afirmar que a falha na fiscalização estaria demonstrada, sem apontar onde estaria essa demonstração.

Isso faz com que se tornem definitivas decisões que reconhecem a existência de culpa, mesmo quando esse reconhecimento seja manifestamente contrário à prova dos autos.

A divergência quanto ao assunto está presente também no Supremo Tribunal Federal, verificando-se uma divisão na qual prevalece em uma turma o entendimento contrário ao que prevalece na outra.

No recente julgamento do RE 760.931, por seis votos a cinco, o Supremo decidiu mais uma vez a questão em favor da Administração, fixando como tese de repercussão geral entendimento que já estava consagrado desde o julgamento da ADC n.º 16, e em nada acrescenta ao debate.

Lamentavelmente, o STF perdeu a oportunidade de fixar parâmetros claros, objetivos e concretos para a aferição da culpa *in vigilando* que dá ensejo à responsabilidade subsidiária da Administração.

Embora a tese fixada tenha deixado muito a desejar, ao menos a questão relativa à impossibilidade de inversão automática do ônus da prova deve pautar, supõe-se, a atuação dos juízes e tribunais do trabalho de agora em diante.

É preciso, contudo, que o entendimento seja devidamente observado, sob pena de permanecermos *ad aeternum* com essa discussão, o que não interessa a nenhuma dos atores envolvidos, sejam os trabalhadores terceirizados, sejam os entes da Administração Pública, seja o próprio Poder Judiciário.

Ainda que se discorde do teor da norma do art. 71, § 1º, da Lei de Licitações, o fato é que ela existe, é válida, e eficaz, tendo sua constitucionalidade reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado.

Para mudar isso, o caminho correto é alterando a própria lei (no caso, com uma simples supressão do “não” do dispositivo). Para tanto, seria preciso provocar e convencer o Poder Legislativo. Que se faça isso, então. Que se procure mudar à lei.

Enquanto isso não ocorre, é preciso obedecer a legislação em vigor.

A forma como a questão vem sendo tratada pelos órgãos da Justiça do Trabalho, tornou-se insustentável. A insegurança jurídica é total. Ao invés de se ter a quase certeza da absolvição, como deveria ser, o que se tem é o contrário: é praticamente certo que haverá condenação.

São milhares de ações em que a aplicação da norma é afastada, obrigando os órgãos de representação judicial das entidades a percorrerem todas as instâncias, em processos que geram custos milionários aos orçamentos⁷³, e que, no mais das vezes, mesmo alcançado as instâncias superiores, acabam resultando em condenações.

Na relação custo-benefício, diante do quadro atual, considerando o percentual mínimo de êxito dos entes públicos nessas demandas, é provável que não compense levar adiante recursos das decisões que reconhecem a responsabilidade subsidiária. Com o processo a um custo médio de R\$ 15.000,00, valor que supera o da própria condenação em muitos casos, recorrer acaba saindo mais oneroso aos cofres públicos.

O problema, considerando especialmente o princípio da indisponibilidade do interesse público, é que as entidades da Administração Pública não podem se conformar com decisões *contra legem*.

Espera-se que agora, após o julgamento do RE 760.931 (apesar da inócua tese de repercussão geral fixada), considerando especialmente os fundamentos dos votos vencedores, que os órgãos da Justiça do Trabalho, de uma forma geral, passem a enfrentar a questão de forma mais criteriosa, apurando, no caso concreto, à luz das regras de distribuição do ônus da prova, se efetivamente está demonstrada a omissão culposa quando ao dever de fiscalização,

⁷³ Somente em relação à União, além dos processos sobrestados aguardando a definição da tese de repercussão geral pelo Supremo, há outras 58 mil ações em que figura como ré e, segundo a AGU, esses processos têm um custo médio de R\$ 15.000,00, representando um impacto de R\$ 870 milhões (conforme noticiado em: <http://www.em.com.br/app/noticia/economia/2017/03/30/internas_economia,858519/stf-ente-publico-nao-deve-ser-responsabilizado-por-dividas-de-terceir.shtml>). Acesso em: 18 abr. 2017.

sem presumir a culpa *in vigilando* em razão do mero inadimplemento, e sem apresentar fundamentos genéricos para justificar a existência de culpa quando esta não estiver efetivamente demonstrada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Dayse Coelho de. Terceirização trabalhista na Administração Pública. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 11, n. 129, p. 2537, set. 2012.

CÂMARA, Viviane Miranda da. A responsabilidade trabalhista da Administração Pública nos contratos de terceirização: a repercussão do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16. **Revista Fórum Trabalhista – RFT**, Belo Horizonte, ano 3, n. 13, p. 139-164, jul./ago. 2014.

CARMO, Júlio Bernardo. Terceirização ilícita no âmbito das empresas de telecomunicações e a liminar concedida na Reclamação STF nº 10.132-Paraná. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, vol. 77, n.º 1, p. 16-31, jan. / mar. 2011.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**, 11ª ed., São Paulo: LTr, 2012

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**, 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2012.

MALAQUIAS, Marcos. Inadimplemento trabalhista e julgamento da ADC nº 16/DF. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, vol. 77, n.º 1, p. 85-94, jan. / mar. 2011.

MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 13ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

MARTINS, Sérgio Pinto. Terceirização: Licitude e Limites. **Jornal Carta Forense**, São Paulo, edição de 01.07.2008.

Disponível em <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/terceirizacao-licitude-e-limites/1872>>. Acesso: em 28 fev. 2017.

PAULO, Vicente e ALEXANDRINO, Marcelo. **Manual de direito do trabalho**. 12ª ed. São Paulo: Método, 2008.

SILVA, Antônio Álvares da. **Globalização, terceirização e a nova visão do tema pelo Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: LTr, 2011.

SILVA, Patrícia Pinheiro. Terceirização nos serviços públicos. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, vol. 77, n.º 1, p. 95-131, jan. / mar. 2011.

RODRIGUES, Priscila Bessa. Terceirização no Serviço Público e Direitos Humanos: Breves Considerações. **Publicações da Escola da AGU**, Brasília, ano 2015, n. 2, p. 161174, out / dez 2015.

TOURINHO, Rita. A responsabilidade subsidiária da Administração Pública por débitos trabalhistas do contratado: a legalidade frente ao ideal de justiça. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 13, n. 66, mar / abr. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=72617>>. Acesso em: 20 mar. 2017

VIANA, Márcio Tulio; DELGADO, Gabriela Neves; e AMORIM, Helder Santos. Terceirização: aspectos gerais. A última decisão do STF e a Súmula nº 331 do TST. Novos enfoques. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. Brasília, vol. 77, n.º 1, p. 54-84, jan. / mar. 2011.